

Les Cahiers de droit



Le contrat de gestion privée d'un service public

Yves Derome

Volume 36, numéro 2, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043332ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043332ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Derome, Y. (1995). Le contrat de gestion privée d'un service public. *Les Cahiers de droit*, 36(2), 323–378. <https://doi.org/10.7202/043332ar>

Résumé de l'article

On assiste, depuis quelques années, à une multiplication des initiatives visant à confier au secteur privé la gestion de programmes qui relevaient jusqu'ici du secteur public. Bon nombre des ententes qui visent la gestion privée d'un service public possèdent des caractéristiques communes qui les distinguent des autres contrats de l'Administration tels les contrats d'approvisionnement ou les contrats de service. Après avoir mis en évidence ces caractéristiques, l'auteur étudie quelques exemples de contrats de gestion privée d'un service public, puis il présente le cadre juridique les régissant et les problèmes soulevés par les insuffisances dudit cadre.

Le contrat de gestion privée d'un service public*

Yves DEROME**

On assiste, depuis quelques années, à une multiplication des initiatives visant à confier au secteur privé la gestion de programmes qui relevaient jusqu'ici du secteur public. Bon nombre des ententes qui visent la gestion privée d'un service public possèdent des caractéristiques communes qui les distinguent des autres contrats de l'Administration tels les contrats d'approvisionnement ou les contrats de service. Après avoir mis en évidence ces caractéristiques, l'auteur étudie quelques exemples de contrats de gestion privée d'un service public, puis il présente le cadre juridique les régissant et les problèmes soulevés par les insuffisances dudit cadre.

The past few years have seen an increasing number of initiatives by which the management of public services has been contracted out to the private sector. Most of the agreements concerning private management of public services have common characteristics that distinguish them from other contracts of the State such as contracts for the procurement of goods or services. After identifying those common characteristics, the author studies some examples and then presents the legal framework that governs them and the problems caused by the inadequacies of this framework.

* La présente recherche était à jour au 31 août 1994. L'auteur tient à remercier M^e Denis Lemieux, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour ses suggestions et ses précieux conseils. Dans le présent texte, le générique masculin est utilisé sans discrimination et uniquement pour alléger le texte.

** B. Sc. (Math.), M. Sc. (Math.), LL. B. Avocat chez Langlois, Robert (Québec).

	<i>Pages</i>
1. Un nouveau phénomène : le contrat de gestion privée d'un service public	326
1.1 La nature du contrat de gestion privée.....	326
1.1.1 Les origines du phénomène	326
1.1.2 Les principales caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public.....	327
1.1.2.1 L'approche contractuelle.....	327
1.1.2.2 Le service public	329
1.1.2.3 La gestion privée.....	330
1.1.2.4 Le contrat de gestion privée d'un service public et les phénomènes voisins.....	331
1.2 Les manifestations du phénomène	333
1.2.1 Des exemples dans divers secteurs	333
1.2.1.1 Les loisirs, la chasse et la pêche.....	333
1.2.1.2 Les services municipaux.....	335
1.2.1.3 L'éducation.....	338
1.2.2 Trois cas types.....	339
1.2.2.1 Le protocole d'entente concernant la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée.....	340
1.2.2.2 Le système d'éclairage de la ville de Beauport.....	343
1.2.2.3 Le centre collégial de transfert de technologie du Collège d'enseignement général et professionnel de Sainte-Foy	346
2. Vers un nouveau cadre juridique : le cadre actuel et ses insuffisances	349
2.1 Le cadre actuel.....	349
2.1.1 L'encadrement législatif des contrats administratifs	349
2.1.1.1 La capacité.....	350
2.1.1.2 Le choix du cocontractant.....	351
2.1.1.3 Le consentement.....	352
2.1.1.4 L'objet et la cause.....	354
2.1.2 L'applicabilité au contrat de gestion privée d'un service public.....	355
2.1.2.1 L'applicabilité des lois et règlements	355
2.1.2.2 Les conséquences	356
2.2 Les problèmes liés à l'insuffisance du modèle actuel	358
2.2.1 Le contrôle démocratique sur le service public	358
2.2.1.1 La délégation de devoirs légaux.....	358
2.2.1.2 Les mécanismes de contrôle du contrat	360
2.2.2 La protection des usagers du service public	362
2.2.2.1 L'applicabilité de certaines lois de portée restreinte	363
2.2.2.2 La responsabilité envers les tiers.....	368
2.2.3 Les relations de travail	372
2.2.3.1 Les incidences de la <i>Loi sur la fonction publique</i>	373
2.2.3.2 L'applicabilité de l'article 45 du <i>Code du travail</i>	373
Conclusion.....	376

Les deux décennies qui ont suivi la Révolution tranquille ont vu l'État québécois assumer des fonctions de plus en plus lourdes et nombreuses. La complexité croissante de l'administration publique et semi-publique et l'alourdissement du fardeau financier, et donc fiscal, qui en ont résulté ne pouvaient qu'entraîner une réaction en sens inverse. On a ainsi vu apparaître, particulièrement depuis le milieu des années 80, une tendance vers un certain « désengagement de l'État » qui s'est manifestée de diverses manières : privatisations, multiplication des organismes semi-publics ou parapublics, recours aux services de consultants extérieurs à la fonction publique, etc.

Notre étude concerne une de ces manifestations qui semble appelée à prendre de l'expansion : le *contracting out*, c'est-à-dire le fait pour une administration publique de confier, par contrat, la gestion complète d'un service public à l'entreprise privée, avec ou sans but lucratif. C'est ce phénomène que nous appellerons le « contrat de gestion privée d'un service public ». Dans cette hypothèse, l'État n'est plus le maître d'œuvre d'un projet dont il conserve la gestion, bien qu'il puisse en assurer l'exécution en faisant appel à des services extérieurs à l'appareil gouvernemental, mais il devient essentiellement le consommateur d'un service dont la gestion et l'exécution se font à l'extérieur de l'appareil d'État. Comme on le verra, cette façon de faire est encore mal encadrée par le droit québécois, ce qui n'est pas sans susciter certains problèmes.

Dans une première partie, nous tenterons d'abord de délimiter les contours de cette nouvelle institution. Nous présenterons la nature du contrat de gestion privée d'un service public. Nous en montrerons les origines et en définirons les principales caractéristiques tout en le distinguant de phénomènes proches tels le contrat de service ou encore le contrat de concession. Ensuite, nous exposerons les diverses manifestations québécoises de l'institution. On y verra des exemples qui semblent relever de cette institution, puis on y étudiera de façon plus détaillée trois d'entre eux qui semblent particulièrement révélateurs.

La deuxième partie de notre étude portera sur le cadre juridique dans lequel vit cette institution et sur les problèmes que peuvent poser les insuffisances de ce cadre juridique. Nous présenterons en premier lieu le cadre juridique actuel. On y verra d'abord l'encadrement législatif généralement applicable aux contrats de l'Administration québécoise et on y étudiera ensuite dans quelle mesure les contrats de gestion privée d'un service public y sont assujettis. En deuxième lieu, nous nous pencherons sur quelques problèmes liés aux insuffisances du cadre juridique auquel sont assujettis ces contrats. On y étudiera d'abord les problèmes liés à l'exercice d'un contrôle démocratique sur le service public avant d'analyser le

problème de la protection des usagers du service public. Puis, nous terminerons par quelques considérations sur les relations de travail.

1. Un nouveau phénomène : le contrat de gestion privée d'un service public

1.1 La nature du contrat de gestion privée

1.1.1 Les origines du phénomène

Depuis une quinzaine d'années, on constate, au Québec comme ailleurs, que l'État tient de plus en plus compte des facteurs économiques dans le choix de ses moyens d'intervention. Cela s'est généralement traduit par une tendance à la privatisation et à la déréglementation et par une réforme plus ou moins profonde de la fiscalité. Il est par ailleurs frappant de constater que cette tendance est le fait de gouvernements aussi différents idéologiquement que l'Angleterre de Mme Thatcher et la France de M. Mitterand. De même, au Québec, cette tendance très évidente sous le gouvernement « libéral » de M. BOURASSA était néanmoins déjà présente sous les gouvernements « sociaux-démocrates » de MM. LÉVESQUE et JOHNSON.

Diverses explications ont été fournies à ce phénomène. Certains ont prétendu que les changements présentés comme des changements fondamentaux de politique sont en fait le résultat d'adaptations graduelles normales à la politique gouvernementale. D'autres, au contraire, y voient la manifestation d'un changement d'orientation idéologique du public ou des élites en faveur d'un plus grand conservatisme économique. D'autres encore pensent qu'il s'agit là du résultat d'une réadaptation parmi les groupes d'intérêt ayant pour effet de modifier l'équilibre politique d'une façon défavorable à l'interventionnisme. D'autres croient qu'il faut y voir le résultat d'un apprentissage par les bureaucrates et les politiciens en réponse à la critique et aux avis d'analystes et d'experts. Enfin, certaines personnes veulent qu'il s'agisse là d'une réponse à des facteurs exogènes, en particulier les changements technologiques, les tendances macro-économiques et l'internationalisation des économies domestiques (la « globalisation des marchés »)¹.

Quoi qu'il en soit, cette tendance est bien présente au Québec, comme en témoigne un document récent du Conseil du Trésor² ainsi que diverses

1. Pour une étude détaillée de la question, voir : R. HOWSE, J.R.S. PRICHARD et M.J. TREBILCOCK, « Smaller or Smarter Government ? », (1990) 40 *U.T.L.J.* 498.

2. CONSEIL DU TRÉSOR, *Les finances publiques du Québec : vivre selon nos moyens*, Québec, Éditeur officiel, 1993.

initiatives gouvernementales encore plus récentes³. Après avoir passé en revue l'état des finances publiques, ce rapport du Conseil du Trésor conclut qu'il est urgent de réduire la dette publique et de ramener le fardeau fiscal des entreprises et des particuliers à un niveau plus concurrentiel⁴. Il faudra donc diminuer de façon notable le coût des services gouvernementaux en cherchant à réduire la taille de l'appareil gouvernemental tout en augmentant son efficacité. Pour ce faire, il faudra « repenser profondément notre façon de dispenser les services publics⁵ ». En particulier, le ministre voit « [d]e vastes possibilités [...] pour mettre le secteur public en concurrence avec le secteur privé et confier à ce dernier certaines tâches chaque fois que cela est plus rentable⁶ ».

L'appel au secteur privé pour obtenir une efficacité et une rentabilité accrue de l'administration publique répond aussi à un autre besoin de l'administration moderne : celui de la décentralisation des services. Devant une désaffection croissante de la population envers l'administration publique, il devient nécessaire pour celle-ci de se rapprocher du milieu qu'elle dessert et de susciter la participation de celui-ci. La recherche d'un nouveau partenariat avec le secteur privé répond à ce désir de participation du milieu.

1.1.2 Les principales caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public

Ainsi, le contrat de gestion privée d'un service public aura à satisfaire à deux objectifs fondamentaux : accroître l'efficacité de l'organisation administrative de l'État tout en encourageant la participation du milieu. Ces impératifs seront reflétés dans les principales caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public.

1.1.2.1 L'approche contractuelle

Le choix de l'approche contractuelle en est une première illustration. En effet, dans ses relations avec les particuliers, l'État a toujours la

3. Voir : M. VENNE, « La fin de l'État ? Québec veut céder au privé tout ce que le privé peut faire à sa place », *Le Devoir*, 30 novembre 1993 p. A-1 ; B. PLANTE, « Opération de dégraissage au ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche », *Le Devoir*, 1^{er} décembre 1993, p. A-5 ; M. VENNE, « Privatisation des services informatiques. Quinze firmes dans la course », *Le Devoir*, 13 avril 1994, p. A-4 ; M. VENNE, « Privatisation, impartition, regroupement ? Que faire avec les ordinateurs de l'État québécois ? », *Le Devoir*, 5 mai 1994, p. B-2.

4. CONSEIL DU TRÉSOR, *op. cit.*, note 2, p. 93.

5. *Id.*, p. 131.

6. *Ibid.*

possibilité d'imposer sa volonté au moyen de décisions unilatérales (lois ou règlements). Cependant, dans le cas présent, ce mode d'intervention n'est pas approprié au résultat recherché.

En effet, l'État souhaite d'abord rationaliser et rentabiliser son activité et, pour ce faire, il veut obtenir la collaboration du secteur privé. Cette collaboration sera d'autant plus efficace qu'elle se fera sur une base volontaire, c'est-à-dire au moyen d'un contrat plutôt que par une loi ou un règlement. Par ailleurs, la technique du contrat s'est révélée être la plus efficace pour organiser les relations au sein du secteur privé. Il serait donc paradoxal que l'État n'utilise pas cette technique dans ses relations avec le secteur privé alors que c'est précisément pour une raison d'efficacité qu'il fait appel à des entrepreneurs privés.

D'autre part, l'État souhaite une participation plus grande du milieu. Un recours à la concertation a beaucoup plus de chances d'obtenir cette participation que toute forme de coercition. C'est d'ailleurs en réponse à l'insatisfaction des citoyens devant une intervention législative et réglementaire jugée excessive que l'État recherche une participation plus grande du milieu. Encore là, le recours à l'approche contractuelle s'avère le seul susceptible d'obtenir le résultat souhaité.

La présence à l'acte de l'Administration fait du contrat de gestion privée d'un service public un « contrat administratif ». Cependant, contrairement à certains droits, dont le droit français, le droit québécois ne connaît pas de régime particulier pour le « contrat administratif »⁷. Le contrat de gestion privée d'un service public est donc avant tout un contrat, c'est-à-dire « un acte juridique bilatéral créateur d'obligations »⁸.

Cet aspect bilatéral et consensuel de l'acte juridique sera fondamental pour pouvoir parler de contrat de gestion privée d'un service public. C'est lui qui permettra de reconnaître le même concept sous les différents noms que lui donneront les parties. Ainsi l'on verra que, bien que l'Administration parle de « convention » ou de « protocole d'entente », c'est bien d'un contrat dont il s'agit. En effet, « [c]onfronté par un rapport juridique qui a toutes les apparences d'un contrat [...] le juriste de tradition anglo-canadienne doit le considérer et le traiter comme un contrat »⁹. Le contrat pourra ne comprendre d'obligations que pour l'une des parties, et l'une d'elles, en général

7. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 603.

8. A. LAJOIE, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984, p. 16. Voir aussi : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 601.

9. *Québec (P.G.) c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1082 (J. Beetz).

l'Administration, pourra en dicter toutes les modalités ; il s'agira néanmoins d'un contrat dans la mesure où le cocontractant sera libre de s'engager ou non.

Par ailleurs, la présence de l'Administration en tant que partie à l'acte sera, elle aussi, caractéristique du contrat de gestion privée d'un service public. Par « Administration », il faudra comprendre non seulement les administrations centrales, gouvernement et différents ministères, mais aussi les administrations décentralisées territorialement, municipalités et commissions scolaires, ou fonctionnellement, entreprises ou sociétés publiques, régies et autres organismes administratifs¹⁰.

La présence de l'Administration explique que le contrat de gestion privée déroge parfois au droit commun (voir la section 2.1.1). Quant au droit commun, il s'agit, au Québec, du Code civil qui s'applique aux contrats de l'Administration tout autant qu'aux contrats entre particuliers¹¹.

1.1.2.2 Le service public

La deuxième caractéristique des contrats étudiés est qu'ils portent sur des « services publics ».

Le droit administratif français définit le service public comme une activité d'intérêt général que l'administration entend assumer suivant un régime dérogatoire au droit commun¹². Ce régime particulier au service public est régi par trois principes fondamentaux : la continuité du service public, la possibilité de modifications au régime du service public en réponse aux variations de l'intérêt général et l'égalité de tous devant le service public¹³.

Cependant, malgré l'opinion de nombreux auteurs¹⁴, cette notion de « service public » avec le régime dérogatoire qui l'accompagne n'a, semble-t-il, jamais été reçue dans notre droit¹⁵. Bien au contraire, la jurisprudence est constante à ce sujet : l'Administration n'a pas le pouvoir de modifier le contrat ou de le résilier unilatéralement en l'absence de dispositions

10. Voir : R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 7.

11. Voir : A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, pp. 46-60.

12. Voir : J. RIVERO, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 1990, pp. 552-569 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. 1, 10^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, pp. 661-664.

13. *Ibid.*

14. Voir : P. LEMIEUX, *Les contrats de l'administration fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions de la Revue de droit, 1981, pp. 54-58 ; P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, pp. 412, 465-467.

15. A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, pp. 113-118.

expresses au contrat¹⁶. De même, le pouvoir d'inspection et de surveillance de l'exécution des contrats, dans la mesure où il est exorbitant du droit commun et n'est pas prévu dans le contrat, découle non pas de la qualification de service public du contrat mais plutôt de la législation et de la réglementation applicables¹⁷.

Quoi qu'il en soit, ce qui caractérise ce que nous appelons le contrat de gestion privée d'un service public, c'est non pas un quelconque régime dérogatoire lié à la notion de service public mais bien le contenu matériel ou fonctionnel de la notion de service public, c'est-à-dire le fait qu'il s'agisse d'une activité d'intérêt général que l'Administration entend assumer. En ce sens, nous sommes plus proches de la conception anglaise qui veut qu'un service soit public si son existence dépend d'une décision de l'Administration plutôt que d'un choix exercé par les consommateurs au sein d'une économie de marché¹⁸. On exclura donc du champ des contrats de gestion privée d'un service public toutes les activités de l'Administration qui ne se rapportent pas directement à l'intérêt général et, en particulier, un bon nombre d'activités purement commerciales de l'État.

1.1.2.3 La gestion privée

La dernière caractéristique des contrats étudiés est qu'ils portent sur la gestion par le secteur privé d'un service public. Par ces contrats, l'Administration confie à l'entreprise privée la réalisation même de la mission d'intérêt général qui caractérise le service public. Ce sera donc l'entreprise privée et non l'Administration qui décidera des moyens à prendre pour assurer cette réalisation. Ce sera l'entreprise qui engagera le personnel et c'est elle qui se procurera les biens et services nécessaires à cette réalisation.

Le droit administratif français, bien qu'il soit actuellement sujet à une profonde évolution, qualifierait vraisemblablement de tels contrats de concessions de service public¹⁹. Au Québec, cette catégorisation, bien qu'elle

16. Voir: *Québec (P.G.) c. Labrecque*, précité, note 9, 1083 (J. Beetz). Voir aussi: *Cie d'aqueduc du village de Ste-Thècle c. Ste-Thècle (Village de)*, (1933) 39 R. de J. 104 (Cour de magistrat); *Bérard c. Vincent*, (1922) 28 R. de J. 596 (C.S.); *Paquin c. Auger*, (1911) 17 R. de J. 277 (B.R.).

17. A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 123.

18. Voir: I. HARDEN, *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992, p. 8.

19. Voir: J.-F. AUBY, «Services publics locaux: les grandes mutations du secteur», *A.J.D.A.*, 1990.755; J. CHEVALIER, «L'association au service public», *J.C.P.* 1974.I.2667. Pour la conception classique de la concession de service public, voir aussi: A. DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, note 12, pp. 677-698; A. DE LAUBADÈRE, P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, pp. 283-336.

soit utilisée abondamment par la doctrine²⁰, n'est généralement pas reprise par la jurisprudence, ni d'ailleurs par le législateur, même dans le domaine municipal où les jugements plus anciens parlent de « concession d'une utilité publique »²¹, alors que la législation parle simplement de « concession municipale »²². Quant à la réglementation sur les « contrats de concessions »²³, on verra qu'elle traite d'un phénomène essentiellement différent de celui dont il est question ici (voir la section 1.1.2.4).

Encore une fois, les conséquences juridiques qui découleraient d'une telle qualification ne sont pas pertinentes ici puisque le droit québécois ne reconnaît pas les principes de continuité du service public, de mutabilité du régime du service public et d'égalité de tous devant le service public qui sont fondamentaux en droit administratif français et y forment une partie intégrante de la notion de concession de service public²⁴.

En somme, le fait que le contrat de gestion privée d'un service public, comme la concession de service public du droit français, non seulement porte sur l'exécution du service public mais, de plus, « donne au cocontractant la charge même du service public, dont il doit assumer la responsabilité²⁵ » sera fondamental, mais il n'aura pas, de ce simple fait, de conséquences juridiques contrairement à ce qui serait le cas en droit français. Les seules conséquences juridiques qui en découleront seront celles qui seront expressément prévues par les diverses lois applicables ou encore qui s'ensuivront du droit commun des contrats.

1.1.2.4 Le contrat de gestion privée d'un service public et les phénomènes voisins

Les trois caractéristiques que l'on vient de mettre en évidence vont permettre de distinguer le contrat de gestion privée d'un service public des autres phénomènes qui en sont proches.

Ainsi, c'est l'aspect service public qui permet de dire que le contrat de gestion privée d'un service public n'est pas une simple privatisation du service. En effet, lorsque l'État privatise une activité, c'est qu'il juge que l'intérêt général n'exige plus que cette activité soit assumée par l'Administration.

20. Voir en particulier : P. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14.

21. *Bérard c. Vincent*, précité, note 16, 98.

22. *Loi sur les concessions municipales*, L.R.Q., c. C-49.

23. *Règlement sur les contrats de concession du gouvernement*, R.R.Q., 1981, c. A-6, r. 6 (ci-après cité : « Règlement sur les contrats de concession »).

24. Voir : J. RIVERO, *op. cit.*, note 12.

25. A. DE LAUBADÈRE, P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, *op. cit.*, note 19, p. 293.

L'État cède alors tout contrôle autre que législatif sur cette activité, car il estime que le simple jeu des intérêts privés suffira à assurer l'intérêt général. On a vu qu'au contraire, dans le contrat de gestion privée d'un service public, l'Administration maintient le caractère de service public de l'activité et se contente d'en confier la gestion au secteur privé.

Par contre, c'est l'aspect gestion privée qui distingue le contrat de gestion privée d'un service public d'autres contrats gouvernementaux comme les contrats de service ou encore d'approvisionnement. En effet, par ces contrats, l'Administration ne cherche qu'à se donner les moyens pour assumer elle-même le service public soit en se procurant les biens nécessaires, soit en s'assurant les services des personnes requises. Il n'est donc pas question de céder la gestion du service public à qui que ce soit, contrairement à ce qui se passe avec le contrat de gestion privée d'un service public.

De même, le caractère de corporation publique qui s'attache même aux organismes semi-publics empêche que l'on puisse parler de contrats de gestion privée d'un service public lorsque l'État confie l'un de ses services à un tel organisme, que cet organisme soit préexistant ou que l'État le crée pour l'occasion.

Enfin, il faut distinguer le contrat de gestion privée d'un service public de diverses formes de concessions. Ainsi, les concessions de terres publiques²⁶ et les concessions minières²⁷ ne sont qu'un mode d'attribution de certains droits ou privilèges sur certains biens du domaine public et ne concernent absolument pas la gestion d'un service public.

De même, le *Règlement sur les contrats de concession du gouvernement*²⁸ porte sur des contrats « conclu[s] par le gouvernement ou en son nom concernant l'exercice par une personne physique ou morale d'une activité de nature commerciale à la place et pour le compte du gouvernement et pour laquelle des redevances sont versées au gouvernement²⁹ ». La nature purement commerciale de l'activité cédée au cocontractant empêche que l'on puisse y voir une quelconque mission d'intérêt général, c'est-à-dire un service public, dont le gouvernement voudrait confier la gestion à son cocontractant.

Enfin, seules les concessions municipales³⁰ que la jurisprudence ancienne appelait des « concessions d'utilité publique³¹ » semblent avoir un

26. *Loi sur les terres du domaine public*, L.R.Q., c. T-8.1.

27. *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1.

28. *Règlement sur les contrats de concession*, précité, note 23.

29. *Id.*, art. 3 e).

30. *Loi sur les concessions municipales*, précitée, note 22.

31. *Bérard c. Vincent*, précité, note 16, 98.

quelconque rapport avec les contrats de gestion privée d'un service public. Nous y reviendrons au moment de l'étude détaillée de l'un des exemples choisis (voir la section 1.2.1.2).

1.2. Les manifestations du phénomène

1.2.1 Des exemples dans divers secteurs

Comme nous allons maintenant le voir, le recours à l'entreprise privée pour la gestion de services publics se généralise à tous les niveaux de l'Administration ainsi que dans tous les secteurs³².

1.2.1.1 Les loisirs, la chasse et la pêche

En ce qui a trait à l'administration centralisée, le ministère de l'Environnement et de la Faune est probablement celui où ce phénomène est le mieux implanté, et cela depuis quelque temps déjà. Dès 1986, le ministère des Loisirs, de la Chasse et de la Pêche, maintenant remplacé par le ministère de l'Environnement et de la Faune, avait mis en place le Groupe de travail sur le développement des initiatives privées³³, lequel remettait son rapport³⁴ en avril 1987. Le rapport faisait diverses recommandations pour permettre d'accroître la participation de l'entreprise privée aux activités du Ministère.

Les parcs

Ainsi, en ce qui concerne les parcs, le rapport envisageait d'accroître de façon majeure la participation des entreprises privées au fonctionnement des parcs, tant en matière d'investissements dans les infrastructures qu'en matière de gestion des activités. Le rapport suggérait de procéder par contrat ou bail avec droit de superficie lorsque l'entreprise privée était appelée à faire des investissements de plus ou moins grande importance et par contrat de concession dans les cas de prestation de services et d'activités à caractère commercial³⁵.

L'idée de «privatiser» les parcs et réserves avait, à l'époque, provoqué de nombreuses oppositions³⁶. Néanmoins, le plan d'action sur les

32. Voir : M. VENNE, *loc. cit.*, note 3.

33. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *Rapport annuel : 1986-87*, Québec, Les Publications du Québec, 1987.

34. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *Rapport du groupe de travail sur le développement des initiatives privées*, Québec, Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche, 1987.

35. *Id.*, pp. 189-190.

36. B. PLANTE, *loc. cit.*, note 3.

parcs³⁷ de 1992 proposait encore d'établir une politique de délégation de gestion dans les parcs de manière à améliorer la qualité des services offerts. Et plus récemment encore, on apprenait en décembre 1993 que, dès 1994, le Ministère céderait au secteur privé la gestion d'un certain nombre de parcs et réserves du Québec³⁸. Les mécanismes de cette délégation de gestion n'étaient pas encore connus au moment de la rédaction du présent texte, mais il n'est pas impensable qu'ils prennent la forme d'une entente contractuelle ayant toutes les caractéristiques d'un contrat de gestion privée d'un service public telles que nous les avons dégagées plus haut (voir la section 1.1.2).

Les pourvoies

Pour ce qui est des pourvoies, le *Rapport du groupe de travail sur le développement des initiatives privées*³⁹ favorise le développement de pourvoies détentrices de baux de droits exclusifs (pourvoirie dite « avec droits exclusifs »). Le rapport recommande d'ailleurs l'augmentation en nombre et en étendue de ce type de pourvoies ainsi que la mise en œuvre d'un plan de marketing provincial pour la promotion du réseau des pourvoies.

Pour s'assurer que les pourvoies mettent convenablement en valeur leur territoire, le rapport suggère d'exiger, dans le contrat, des plans d'investissement, d'aménagement et de gestion et de prévoir la possibilité d'une résiliation du bail si le pourvoyeur devait ne pas s'acquitter des obligations qui lui sont imposées par le bail ou par la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*⁴⁰. Depuis, le Ministère a élaboré un bail type⁴¹ pour les pourvoies avec droits exclusifs ainsi qu'un modèle de plan de gestion⁴² qui doit être complété par le pourvoyeur et fait alors partie intégrante⁴³ du bail de droits exclusifs.

Le plan de gestion établit clairement que :

Par le bail, la pourvoirie avec droits exclusifs s'associe à la mission faunique du Ministère : la conservation et la mise en valeur de la faune. À ce niveau, le mandat

37. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *La nature en héritage : plan d'action sur les parcs*, Québec, Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche, 1992.

38. B. PLANTE, *loc. cit.*, note 3.

39. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *op. cit.*, note 34, pp. 194-197.

40. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. C-61.1.

41. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *Bail-type 860 : Bail de droits exclusifs*.

42. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *Le développement d'une pourvoirie : plan de gestion*, Québec, Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche, 1991.

43. *Id.*, p. 4.

de la pourvoirie consiste à participer à la gestion de la ressource faunique et ses actions doivent être orientées dans le but de satisfaire les obligations associées à ce mandat⁴⁴.

La nature contractuelle de la pourvoirie avec droits exclusifs ne fait pas de doute même si, par la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*⁴⁵, les pourvoiries sont assujetties à l'obtention d'un permis, laquelle n'est pas contractuelle⁴⁶. L'incorporation du plan de gestion au bail de droits exclusifs fait, à notre avis, de ce dernier un contrat de gestion privée d'un service public. Malheureusement, nous ne pourrions étudier plus à fond la question dans les limites du présent texte.

Les zones d'exploitation contrôlée

Enfin, en ce qui concerne les zones d'exploitation contrôlée, le *Rapport du groupe de travail sur le développement des initiatives privées*⁴⁷ recommande d'accorder une plus grande autonomie de gestion aux associations gestionnaires. Les relations entre le Ministère et l'une ou l'autre de ces associations sont régies par un protocole d'entente⁴⁸ dont nous ferons l'étude détaillée pour montrer qu'il s'agit là d'un exemple parfait de ce que nous avons appelé un contrat de gestion privée d'un service public (voir la section 1.2.2.1).

1.2.1.2 Les services municipaux

C'est au sein de l'administration décentralisée territorialement, et en particulier des municipalités, que le recours à l'entreprise privée est le plus généralisé et le plus ancien. Dans le cas de certains services (aqueduc ou éclairage public par exemple), le fait d'en confier la gestion à l'entreprise privée pourrait même sembler n'être qu'un retour au passé puisque ces services ont d'abord été mis en place par l'entreprise privée avant d'être intégrés à l'administration municipale⁴⁹.

Comme on le verra toutefois, la collaboration entre l'entreprise privée et les municipalités prend des formes tout à fait nouvelles⁵⁰. Ainsi, la Ville

44. *Id.*, p. 2.

45. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40, art. 86, 102.

46. Voir: R. LAROCHE et S. LAROCHE, «Les pourvoiries au Québec», (1987), 1 *R.J.E.L.* 67.

47. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *op. cit.*, note 34, pp. 193-194.

48. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40, art. 106.

49. Voir par exemple: *Cie d'aqueduc du village de Ste-Thècle c. Ste-Thècle (Village de)*, précité, note 16; *Bérard c. Vincent*, précité, note 16; *Paquin c. Auger*, précité, note 16.

50. Voir: A. LANGLOIS, *L'adjudication des contrats municipaux par voie de soumissions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 25.

de Montréal annonçait récemment qu'elle entendait confier la gestion de ses stationnements à la Chambre de commerce du Montréal métropolitain et la Charte de la Ville a été modifiée en ce sens⁵¹. De même, la Ville de Saint-Romuald était récemment autorisée à former une compagnie conjointement avec l'entreprise privée et à confier à cette compagnie la compétence de la Ville en matière d'acquisition, de mise en valeur, de gestion et d'aliénation d'immeubles à des fins industrielles⁵². Ce modèle de collaboration entre une municipalité et l'entreprise privée a été repris dans le contexte de la gestion des déchets (voir le point « L'enlèvement des ordures et les incinérateurs municipaux » qui suit). Enfin, la Ville de Beauport a conclu une entente complexe avec un consortium privé pour l'acquisition et l'exploitation de son système d'éclairage public, laquelle entente sera étudiée en détail plus loin (voir la section 1.2.2.2).

L'enlèvement des ordures et les incinérateurs municipaux

L'enlèvement des ordures ménagères est certainement l'un des premiers services publics dont la gestion a été remise à l'entreprise privée. Certaines municipalités n'ont même probablement jamais assumé elles-mêmes ce service. Quoi qu'il en soit, le *Code municipal du Québec*⁵³ et la *Loi sur les cités et villes*⁵⁴ prévoient tous deux qu'une municipalité peut pourvoir au ramassage et à l'enlèvement des déchets et des ordures ménagères.

Pour ce faire, les municipalités peuvent passer tous les contrats nécessaires⁵⁵. La nature de ces contrats pourra varier selon les municipalités. Certains ne seront que de simples contrats de service, alors que d'autres auront toutes les caractéristiques d'un contrat de gestion privée d'un service public.

Ainsi, la Ville de Laval et la municipalité régionale de comté du Haut-Richelieu ont toutes deux été autorisées à fonder des compagnies dont elles détiendront les actions conjointement avec l'entreprise privée⁵⁶ et à qui

51. *Loi modifiant la charte de la Ville de Montréal*, Projet de loi 271 (Privé) (sanctionné le 10 mars 1994), 2^e session, 34^e législature (Québec).

52. *Loi concernant la ville de Saint-Romuald*, Projet de loi 237 (Privé) (sanctionné le 17 juin 1994), 3^e session, 34^e législature (Québec).

53. *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, art. 547.

54. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, art. 413 (10).

55. *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 6 (4) ; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 28 (1).

56. *Loi concernant la Ville de Laval*, Projet de loi 296 (Privé) (sanctionné le 17 juin 1994), 3^e session, 34^e législature (Québec), art. 1 ; *Loi concernant la Municipalité régionale de comté du Haut-Richelieu*, Projet de loi 211 (Privé) (sanctionné le 17 juin 1994), 3^e session, 34^e législature (Québec), art. 1.

elles pourront confier l'exercice de leur compétence en matière de gestion des déchets⁵⁷. La convention par laquelle se fera ce transfert de compétence sera sans aucun doute un contrat de gestion privée d'un service public. Par ailleurs, la Régie intermunicipale de gestion des déchets de la région maskoutaine a été autorisée à conclure des contrats « clé en main » par lesquels elle confie à son cocontractant la responsabilité de concevoir les ouvrages nécessaires à l'exercice de sa compétence en matière de gestion et d'élimination des déchets, de les construire et de les exploiter pendant la durée du contrat⁵⁸. Il s'agit encore là d'un contrat de gestion privée d'un service public.

Par ailleurs, les municipalités peuvent aussi construire, aménager et exploiter un incinérateur pour la destruction des déchets⁵⁹. Les municipalités peuvent, de plus, se regrouper pour exploiter en commun un tel incinérateur⁶⁰, ce que plusieurs ont fait. Rien n'empêche un tel regroupement de confier ensuite, par contrat, la gestion de cet incinérateur à l'entreprise privée⁶¹. La Charte de la Ville de Québec a d'ailleurs été récemment modifiée pour prévoir cette possibilité⁶². Il s'agirait encore, sans aucun doute, d'un contrat de gestion privée d'un service public.

Les services d'incendie

Selon leur taille, les municipalités ont généralement organisé leur service des incendies selon l'un ou l'autre des modèles classiques : service de pompiers dit « volontaires » ou service des incendies permanent intégré à l'administration municipale. Cependant, le *Code municipal du Québec*⁶³ et la *Loi sur les cités et villes*⁶⁴ prévoient tous deux qu'une municipalité peut confier à toute personne l'organisation et le maintien du service des incendies. Il semble donc qu'une municipalité pourrait confier, par contrat, la

57. *Id.*, art. 3.

58. *Loi concernant la Régie intermunicipale de gestion des déchets de la région maskoutaine*, Projet de loi 204 (Privé) (sanctionné le 17 juin 1994), 3^e session, 34^e législature (Québec), art. 12-13.

59. *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 548 ; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 413 (10) b).

60. *Ibid.*

61. Au sujet du pouvoir de contracter d'une régie intermunicipale, voir : *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 468.32 ; voir aussi : *Loi concernant la Régie intermunicipale de gestion des déchets de la région maskoutaine*, précitée, note 58.

62. *Loi modifiant la Charte de la Ville de Québec*, Projet de loi 264 (Privé) (sanctionné le 10 mars 1994), 2^e session, 34^e législature (Québec).

63. *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 555 (3).

64. *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 412 (41).

gestion de son service des incendies à l'entreprise privée. Ce serait encore une fois des contrats de gestion privée d'un service public.

Les réseaux d'aqueduc et d'éclairage

Comme on l'a dit plus haut, les municipalités font, depuis longtemps, appel à l'entreprise privée pour établir des services d'aqueduc et d'éclairage public⁶⁵. Depuis la nationalisation de l'électricité, cependant, c'est généralement la société d'état Hydro-Québec qui a pris en charge l'éclairage public. Diverses modifications aux politiques d'Hydro-Québec ont récemment amené certaines municipalités à faire l'acquisition de leur réseau d'éclairage et à pourvoir à sa gestion et à son exploitation. Cette possibilité est d'ailleurs maintenant expressément prévue par le *Code municipal* et par la *Loi sur les cités et villes*⁶⁶.

À titre d'exemple, nous étudierons en détail l'entente par laquelle la Ville de Beauport a fait appel à l'entreprise privée pour financer l'acquisition de son réseau d'éclairage et en assurer l'entretien et la modernisation (voir la section 1.2.2.2).

1.2.1.3 L'éducation

En ce qui concerne l'administration décentralisée fonctionnellement, nous n'étudierons qu'un seul exemple : celui des centres spécialisés des collèges d'enseignement général et professionnel.

Les centres spécialisés des cégeps

Depuis 1984, 20 centres spécialisés ont été créés dans les collèges du Québec. La création de ces centres avait d'abord été envisagée dans le Livre blanc sur l'enseignement collégial⁶⁷ de 1978. Jusqu'à récemment, la création de ces centres n'était cependant pas prévue explicitement par la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*⁶⁸, et les collèges les créaient en vertu d'un article de la loi⁶⁹ qui prévoyait la reconnaissance par le ministre de programmes spéciaux.

65. Voir : *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 557 ; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 423, 444-445.

66. *Loi modifiant la Loi sur les cités et villes, le Code municipal et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1994, c. 33, art. 18, 42.

67. MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *Les collèges du Québec : nouvelle étape*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

68. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.R.Q., c. C-29, modifiée par L.Q. 1993, c. 25.

69. *Id.*, art. 17.1. Voir aussi : *Systèmes informatisés Solartronix c. Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière*, [1990] R.J.Q. 1071 (C.S.).

Comme l'indique le Regroupement des centres spécialisés des cégeps du Québec :

Citation-1 = La mission des centres spécialisés comporte deux volets :

- contribuer au développement technologique du Québec par le transfert technologique ;
- contribuer au développement de la formation professionnelle dans le champ de leur spécialisation technologique⁷⁰.

Pour accomplir cette mission de transfert technologique et de formation professionnelle, les centres spécialisés tiennent des activités dans les domaines suivants : recherche appliquée, aide technique, formation, information et animation.

Les nouveaux centres collégiaux de transfert de technologie

La *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, telle qu'elle a été modifiée, prévoit maintenant expressément qu'un collège peut contribuer « à l'élaboration et à la réalisation de projets d'innovation technologique, à l'implantation de technologies nouvelles et à leur diffusion, ainsi qu'au développement économique de la région⁷¹ ».

La loi prévoit aussi que les collèges pourront, avec l'autorisation du ministre, établir des centres de transfert de technologie pour remplir cette mission⁷². Les mesures transitoires établissent que les centres spécialisés actuels sont des centres de transfert de technologie⁷³. Enfin, la loi prévoit même expressément que les collèges pourront confier la gestion du centre à une personne morale désignée par le collège⁷⁴. Comme on le verra, les ententes par lesquelles se fait cette délégation de gestion sont elles aussi des contrats de gestion privée d'un service public (voir la section 1.2.2.3).

1.2.2 Trois cas types

Les trois exemples qui vont maintenant être étudiés de façon détaillée ont été choisis parce qu'ils semblaient les plus susceptibles d'illustrer les caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public. Par

70. F. PELLETIER, *Le regroupement des centres spécialisés des cégeps du Québec* (brochure descriptive), Sainte-Foy, CERFO, 1992, p. 1.

71. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 6.01.

72. *Id.*, art. 17.2.

73. *Loi modifiant la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1993, c. 25, modifiant L.R.Q., c. C-29, art. 34.

74. *Ibid.*

ailleurs, ils illustrent bien la variété de situations dans lesquelles l'Administration est susceptible d'utiliser ce type de contrats.

En effet, les exemples choisis portent sur des contrats conclus dans des secteurs variés par différents niveaux de l'Administration : administration centralisée pour les protocoles de gestion de zones d'exploitation contrôlée, administration décentralisée territorialement dans le cas de la gestion du réseau d'éclairage de la ville de Beauport et administration décentralisée fonctionnellement pour le centre spécialisé du cégep de Sainte-Foy.

D'autre part, ces exemples illustrent aussi la variété de cocontractants avec lesquels l'Administration est appelée à transiger : corporation sans but lucratif dans le cas des zones d'exploitation contrôlée et du centre spécialisé, corporation commerciale dans le cas du réseau d'éclairage.

Finalement, ils vont permettre d'illustrer comment l'Administration prend en considération certains des problèmes que l'insuffisance du cadre juridique entraîne et sur lesquels nous reviendrons (voir la partie 2).

1.2.2.1 Le protocole d'entente concernant la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée

Comme nous l'avons vu (voir le point « Les zones d'exploitation contrôlée » dans la section 1.2.1.1), « [l]e Ministre peut, par protocole d'entente, confier à un Organisme la totalité ou une partie de la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée⁷⁵ ». Cette disposition prévoit déjà les trois éléments du contrat de gestion privée d'un service public : le contrat (« par protocole d'entente »), la gestion privée (« confier à un Organisme ») et le service public (« la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée »).

Le contrat

En droit québécois, on l'a vu (section 1.1.2.1), le contrat administratif ne diffère pas de façon essentielle du contrat privé⁷⁶. Le contrat de gestion privée d'un service public est donc avant tout « une manifestation de deux ou plusieurs volontés en vue de réaliser certains effets de droit⁷⁷ ».

L'emploi du terme « peut » dans la loi indique bien le caractère discrétionnaire du pouvoir de délégation de gestion du Ministre⁷⁸. Lorsque cette délégation est faite, elle est bel et bien une manifestation de volonté de la part du Ministre et donc de l'État. De même, la loi n'impose pas la création des

75. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40, art. 106.

76. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7.

77. M. TANCELIN, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 15.

78. P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 314.

organismes auxquels elle permet de déléguer la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée puisqu'elle prévoit la possibilité pour le Ministre de gérer lui-même la zone⁷⁹. Ainsi, la signature d'un protocole d'entente par un tel organisme est une manifestation de volonté de la part de ce dernier.

Le protocole type⁸⁰ élaboré par le ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche comporte des obligations pour chacune des parties au protocole. Ainsi, le Ministre s'engage à fournir à l'Organisme divers renseignements concernant la zone d'exploitation contrôlée dont la gestion lui est confiée⁸¹. De même, le Ministre s'engage à consulter son cocontractant sur toute modification aux limites de la zone ou à la réglementation la touchant⁸². Finalement, le Ministre s'engage à donner de la formation aux membres de l'organisation⁸³.

L'Organisme, quant à lui, s'engage à transmettre au Ministre divers plans, rapports, listes de membres et autres renseignements⁸⁴. De plus, l'Organisme s'engage à mettre en œuvre les plans de gestion et de protection qui auront été soumis à l'approbation du Ministre⁸⁵ et à respecter diverses obligations qui lui sont imposées par la loi, les règlements ou le protocole lui-même⁸⁶. Enfin, l'Organisme s'engage à « assumer l'ensemble des coûts d'opération et d'exploitation de la zone⁸⁷ ».

Par ailleurs, le protocole contient diverses autres dispositions génératrices d'effets de droit, par exemple celles sur la propriété des immeubles⁸⁸ ou sur la responsabilité⁸⁹. Il s'agit donc bien d'un contrat même s'il est précisé que « [le] protocole est à titre gratuit⁹⁰ » et même si la nature obligatoire des clauses du protocole en fait un contrat d'adhésion.

79. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40, art. 106, al. 2.

80. MINISTÈRE DU LOISIR, DE LA CHASSE ET DE LA PÊCHE, *Protocole d'entente concernant la gestion de la zone d'exploitation contrôlée*, inédit (ci-après cité : « Protocole d'entente »).

81. *Id.*, art. 4 (1), (2), (3), (8).

82. *Id.*, art. 4 (4), (6), (7).

83. *Id.*, art. 4 (5).

84. *Id.*, art. 6 (1), (2), (9), (12), (13), (14).

85. *Id.*, art. 6 (4).

86. *Id.*, art. 6 (5), (6), (7), (8), (10), (15), (16), (17).

87. *Id.*, art. 6 (11).

88. *Id.*, art. 8.

89. *Id.*, art. 14.

90. *Id.*, art. 10.

Le service public

La *Loi sur le ministère de l'Environnement et de la Faune* prévoit que :

Le ministre élabore et propose au gouvernement des politiques visant notamment :

[...]

3° le développement et la gestion des activités de pêche, de chasse et de piégeage ;

4° l'établissement et la gestion de parcs, de réserves écologiques, de réserves fauniques, de refuges fauniques, de pourvoiries, de zones d'exploitation contrôlée et de terrains de piégeage [...] ⁹¹.

De même, la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* spécifie, à son article 2, que « [l]e ministre de l'Environnement et de la Faune veille à la conservation et à la gestion de la faune ⁹² ». La même loi dispose de plus que « [l]e gouvernement peut établir sur les terres du domaine public des zones d'exploitation contrôlée à des fins d'aménagement, d'exploitation ou de conservation de la faune ou d'une espèce faunique ⁹³ ». Il ne fait aucun doute que ces activités sont assumées par le gouvernement dans l'intérêt général et qu'elles relèvent donc du service public tel que nous avons défini cette notion.

Cependant, comme nous l'avons vu (voir la section 1.1.2.2), cette qualification n'a pas ici les conséquences juridiques qu'elle aurait en droit français. L'Administration se doit donc d'introduire expressément au contrat la possibilité, qu'elle aurait automatiquement en droit français, de modifier le régime du service public en réponse aux variations de l'intérêt général.

C'est pourquoi il est nécessaire de spécifier dans le protocole type que « [l]e Ministre se réserve le droit de procéder en tout temps à l'évaluation du déroulement du plan de gestion et du plan annuel de protection et d'émettre à ce sujet toute directive qu'il jugera à propos ⁹⁴ ».

C'est aussi pourquoi il est prévu dans le protocole type que le contrat est résilié automatiquement s'il y a abrogation du règlement ou du décret établissant la zone d'exploitation contrôlée ⁹⁵ ou qu'il peut être résilié de plein droit par le Ministre en cas de manquements à la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, à ses règlements ou au protocole lui-même ⁹⁶.

91. *Loi sur le ministère de l'Environnement et de la Faune et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1994, c. 17, art. 11 (ci-après citée : « *Loi sur le ministère de l'Environnement et de la Faune* »).

92. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40.

93. *Id.*, art. 104.

94. Protocole d'entente, précité, note 80, art. 7.

95. *Id.*, art. 20.

96. *Id.*, art. 24.

C'est aussi pourquoi le protocole type stipule que « [l]es parties conviennent d'apporter au présent protocole toute modification requise par le Ministre aux fins de rendre le protocole conforme à toute modification future de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* ou de ses règlements⁹⁷ ».

De même, l'égalité de tous devant le service public n'est pas automatique en droit québécois et le protocole type précise donc que l'Organisme doit « [a]ssurer l'égalité des chances pour tous à l'accès et à l'utilisation de la ressource faunique disponible sur le territoire⁹⁸ ».

La gestion privée

Le protocole type spécifie expressément qu'il « a pour objet d'établir les modalités de la délégation par le Ministre à l'Organisme, de la gestion de la zone d'exploitation contrôlée⁹⁹ » et il contient diverses autres références à la gestion de la zone par l'Organisme¹⁰⁰. De plus, le protocole précise que l'Organisme doit « planifier, organiser, diriger et contrôler l'exploitation, la conservation et l'aménagement de la faune¹⁰¹ ». Il ne fait donc aucun doute que c'est la gestion complète du service public que le Ministre confie à l'Organisme. Ce caractère de gestionnaire de l'Organisme est confirmé par la référence que fait le protocole type aux règles du mandat du Code civil (art. 1701-1761 C.c.B.C.) à titre de dispositions supplétives¹⁰².

Quant au caractère privé de la gestion, il découle du fait que le protocole type est passé entre le ministre et un organisme qui se doit d'être une corporation sans but lucratif légalement constituée, laquelle s'engage à ne pas modifier son statut corporatif pendant la durée du protocole¹⁰³.

Comme on le voit, le protocole type concernant la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée a toutes les caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public.

1.2.2.2 Le système d'éclairage de la ville de Beauport

En 1992, la Ville de Beauport décidait d'acquérir d'Hydro-Québec le réseau d'éclairage des voies publiques situées sur son territoire et d'accepter la proposition de D.D.A. Énergie S.L. relative au financement de cette

97. *Id.*, art. 32.

98. *Id.*, art. 5.

99. *Id.*, art. 1.

100. *Id.*, art. 3, 5.

101. *Id.*, art. 5.

102. *Id.*, art. 32. Les règles du mandat se retrouvent maintenant aux articles 2130-2185 C.c.Q.

103. *Id.*, art. 18.

acquisition et à l'amélioration, la transformation et l'entretien de ce réseau¹⁰⁴. Cette décision devait conduire à la signature d'une convention entre la Ville de Beauport (ci-après citée : « la Ville ») et les compagnies Les constructions du St-Laurent Ltée et D.D.A. Énergie Ltée agissant ensemble sous le nom et la raison sociale de D.D.A. Énergie S.L. (ci-après citée : « la Société »)¹⁰⁵. La conclusion d'une telle entente est maintenant prévue dans le *Code municipal* et la *Loi sur les cités et villes*¹⁰⁶, mais elle ne l'était pas au moment de la signature de la convention entre la Ville et la Société. Cette convention a toutes les caractéristiques d'un contrat de gestion privée d'un service public.

Le contrat

La convention du 1^{er} septembre 1992 fait suite à une proposition de la Société, en date du 13 mai 1992, qui a été précisée à la demande de la Ville dans un document complémentaire du 8 juillet 1992¹⁰⁷. La convention est donc le résultat d'une négociation ayant conduit à un véritable accord de volonté entre des parties dûment autorisées à conclure un tel accord.

Par ailleurs, la convention impose un certain nombre d'obligations à la Société¹⁰⁸ en contrepartie du paiement par la Ville d'une somme, elle-même déterminée dans la convention¹⁰⁹. La nature contractuelle de la convention ne fait donc aucun doute et l'on peut même dire qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.

Le service public

Le maintien d'un réseau d'éclairage des voies publiques par l'Administration ainsi que l'amélioration et l'entretien de ce réseau relèvent manifestement du service public comme d'ailleurs le maintien d'un réseau d'aqueduc ou d'électricité¹¹⁰. C'est d'ailleurs à ce type de services que fait référence la *Loi sur la vente des services publics municipaux*¹¹¹.

104. *Programme d'économie d'énergie — Projets de contrats avec Hydro-Québec et D.D.A. Énergie S.L.*, Ville de Beauport, résolution 92-07-638, 13 juillet 1992.

105. *Convention entre la ville de Beauport et les compagnies Les constructions du St-Laurent Ltée et D.D.A. Énergie Ltée*, Beauport, 1^{er} septembre 1992 (ci-après citée : « Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport »).

106. *Loi modifiant la Loi sur les cités et villes, le Code municipal et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 66.

107. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, annexe A : document complémentaire.

108. *Id.*, art. 1, 8, 11.

109. *Id.*, art. 14.

110. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 112. Voir aussi : A. LANGLOIS, *op. cit.*, note 50, p. 20.

111. *Loi sur la vente des services publics municipaux*, L.R.Q., c. V-4.

La convention entre la Ville et la Société, outre qu'elle prévoit le financement par la Société de l'acquisition par la Ville du réseau d'éclairage, confie expressément l'entretien, la transformation et l'amélioration de ce réseau à la Société¹¹². Elle porte donc sans aucun doute sur le service public.

Encore une fois (voir la section 1.1.1.2), cette qualification de service public n'entraîne pas, en soi, de conséquences juridiques en ce qui concerne la mutabilité du régime gouvernant le service ou encore en ce qui a trait à un droit de surveillance et d'inspection exorbitant du droit commun.

Ainsi, en l'absence d'une stipulation à cet effet, aucune modification ne peut être faite à la convention sans l'accord commun des parties¹¹³. Les seules modifications possibles sont donc celles que pourrait apporter la Société à la tarification en vertu des stipulations du document complémentaire annexé à la convention¹¹⁴.

De même, la convention prévoit expressément le pouvoir d'inspection et de surveillance de la Ville¹¹⁵ et oblige la Société à fournir divers renseignements permettant à la Ville d'exercer ce pouvoir¹¹⁶.

La gestion privée

La convention ne spécifie pas qu'elle porte sur la gestion même du service public et l'on pourrait croire qu'il ne s'agit que d'un contrat pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services, selon la terminologie employée par le *Code municipal*¹¹⁷ ou la *Loi sur les cités et villes*¹¹⁸ puisque la convention combine certains éléments de ces deux types de contrats.

Ainsi, la convention fait référence à divers endroits à des travaux de transformation et d'amélioration du réseau¹¹⁹ qui relèvent du contrat d'exécution de travaux. Elle prévoit, par ailleurs, diverses obligations pour la Société qui relèvent plus du contrat de services telles que l'obligation de « préparer les plans et devis des travaux à effectuer¹²⁰ » ou encore de fournir

112. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, art. 1.

113. Les parties, reconnaissant ce fait, ont d'ailleurs biffé la stipulation prévue dans la convention qui énonçait l'immutabilité du contrat. Voir : Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, art. 165 (biffé dans le texte).

114. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, annexe A : document complémentaire, art. 7.

115. *Id.*, art. 6, 11 (b), 12.

116. *Id.*, art. 11 (a), al. 2-4.

117. *Code municipal*, précité, note 53, art. 935-936.

118. *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 573-573.1.

119. Voir : Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, art. 6, 8, 10, 11 (a), (b), (c).

120. *Id.*, art. 11 (b).

« les copies du logiciel et des programmes qu'elle aura conçus pour la gestion du réseau¹²¹ ».

La simple combinaison de ces diverses obligations indique déjà la nature plus complexe du contrat qui les contient. Par ailleurs, la convention comporte aussi plusieurs dispositions qui la distinguent des contrats d'exécution de travaux ou de fourniture de services et établissent clairement que c'est la gestion complète du réseau d'éclairage que la Ville entend confier à la Société.

Ainsi, le fait que ce soit la Société qui finance l'acquisition du réseau¹²² et l'exécution des travaux¹²³ suffit à en faire plus qu'un simple exécutant de travaux ou un simple fournisseur de services. De même, l'obligation pour la Société de « préparer les plans et devis, élaborer un échéancier, surveiller l'exécution des travaux, inspecter les équipements et procéder à l'inspection finale en présence du représentant désigné de la Ville¹²⁴ » indique un niveau de responsabilité que l'on ne retrouve habituellement pas dans un contrat de service. Finalement, le fait pour la Société d'assumer « le rôle et les responsabilités de « maître d'œuvre » pendant la durée du présent contrat¹²⁵ » confirme qu'il s'agit bien de gérer tout le réseau d'éclairage pendant la durée de la convention.

Quant au caractère privé de la gestion, il découle simplement du statut corporatif de la Société. La convention entre la Ville de Beauport et D.D.A. Énergie S.L. a donc toutes les caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public.

1.2.2.3 Le centre collégial de transfert de technologie du Collège d'enseignement général et professionnel de Sainte-Foy

Le Centre d'enseignement et de recherche en foresterie de Sainte-Foy inc. (CERFO) a été incorporé par lettres patentes à la requête de trois administrateurs et d'un enseignant du Collège d'enseignement général et professionnel de Sainte-Foy (ci-après cité : « le Collège ») en août 1984¹²⁶. Malgré l'absence de textes écrits régissant les relations entre le CERFO et

121. *Id.*, art. 11 (a), al. 5.

122. *Id.*, art. 8.

123. *Ibid.*

124. *Id.*, art. 11 (b).

125. *Id.*, art. 3.

126. INSPECTEUR GÉNÉRAL DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, *Lettres patentes : Centre d'enseignement et de recherche en foresterie de Ste-Foy inc.*, 17 août 1984 (ci-après citées : « Lettres patentes »).

le Collège, il nous semble que ces relations relèvent du contrat de gestion privée d'un service public.

Body flush = *Le contrat*

Comme le CERFO a été créé par des membres du Collège (administrateurs ou enseignants) et que cinq des neuf membres du conseil d'administration sont encore nommés par des membres du Collège¹²⁷, il n'a pas été jugé utile, semble-t-il, d'encadrer l'ensemble des relations entre le Collège et le CERFO par quelque protocole, lettre d'entente ou convention que ce soit¹²⁸.

Cependant, ces relations existent et elles sont multiples et de nature diverse. Ainsi, le CERFO utilise des locaux ainsi que de l'équipement appartenant au Collège, utilise aussi certains services du Collège, en matière de reprographie par exemple, fait parfois appel au personnel enseignant du Collège et, enfin, fait occasionnellement de la formation sur mesure pour le compte du Service de l'éducation des adultes du Collège. Seule cette dernière situation fait l'objet de protocoles, d'ailleurs négociés au cas par cas par le Service de l'éducation des adultes¹²⁹.

Malgré cette absence de textes, il semble bien que le Collège, en suscitant la création du CERFO, entendait lui confier la mission de transfert technologique et de formation professionnelle qui était implicitement incluse dans la mission d'enseignement des collèges avant les modifications de 1993 et qui est maintenant explicitement prévue dans la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*¹³⁰. Cette mission de transfert technologique et de formation professionnelle est par ailleurs prévue dans les lettres patentes du CERFO¹³¹ qui l'a assumée par ces diverses activités de recherche appliquée, d'aide technique, de formation, d'information et d'animation¹³².

Comme on le voit, il y a donc bien accord de volontés et l'on peut parler d'une relation de nature contractuelle entre le Collège et le CERFO sinon d'un véritable contrat non écrit.

127. *Id.*, art. 1, 6 (2).

128. Entrevue avec D. Dubreuil, directeur du CERFO, à Sainte-Foy, le 13 décembre 1993 (entrevue privée réalisée par l'auteur).

129. Entrevue avec A. Brochier, contrôleur financier du cégep de Sainte-Foy, à Sainte-Foy, le 20 décembre 1993 (entrevue privée réalisée par l'auteur).

130. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 6.01.

131. Lettres patentes, précitées, note 126, art. 5.

132. Voir par exemple : CENTRE D'ENSEIGNEMENT ET DE RECHERCHE EN FORESTERIE DE STE-FOY, *CERFO : cahier d'expertise*, Sainte-Foy, Service de reprographie du cégep de Sainte-Foy, 1993.

Le service public

La *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel* dispose qu'un collège peut :

[...] contribuer, par des activités de formation de la main-d'œuvre, de recherche appliquée, d'aide technique à l'entreprise et d'information, à l'élaboration et à la réalisation de projets d'innovation technologique, à l'implantation de technologies nouvelles et à leur diffusion, ainsi qu'au développement économique de la région¹³³.

Il s'agit manifestement là d'une activité d'intérêt général que la loi confie à ces « administrations publiques personnalisées¹³⁴ » que sont les collèges d'enseignement général et professionnel. On reconnaît là le critère du service public.

La loi prévoit de plus qu'un collège peut « établir un centre de transfert de technologie pour exercer, dans un domaine particulier, [c]es activités de recherche appliquée, d'aide technique à l'entreprise et d'information¹³⁵ ». Comme les centres spécialisés déjà établis sont de tels centres de transfert de technologie¹³⁶, les activités du CERFO relèvent certainement du service public.

La gestion privée

La *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel* énonce expressément que « [l]e collège peut, dans la mesure et aux conditions qu'il détermine, confier la gestion du centre [de transfert de technologie] à une personne morale qu'il désigne¹³⁷ ». Le CERFO, étant constitué en corporation par lettres patentes, est une telle personne morale privée qui assume la gestion du service public que constitue le centre de transfert de technologie.

L'absence d'un protocole d'entente ou d'une convention n'empêche donc pas les relations entre le CERFO et le Collège de relever du contrat de gestion privée d'un service public. Cette absence d'entente écrite est toutefois surprenante. Elle pourrait occasionner un certain nombre de problèmes pour les parties, et cela, même dans l'éventualité où leurs relations demeureraient excellentes.

133. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 6.01.

134. P. GARANT, *op. cit.*, note 14, pp. 127-128.

135. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 17.2, al. 1.

136. *Loi modifiant la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 73.

137. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 17.2, al. 2.

Ainsi, dans une affaire récente¹³⁸, le Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière était poursuivi personnellement à l'occasion d'un contrat négocié et exécuté par son centre spécialisé. Comme le contrat attaqué avait été signé par le directeur du centre spécialisé au nom du collège, le tribunal a analysé tout le contexte entourant la création de ce centre qui, selon le juge De Blois, « n'est à toutes fins pratiques qu'un programme d'enseignement professionnel jouissant d'un statut particulier dans un encadrement et une organisation spécifiques¹³⁹ ». Le tribunal a conclu que le centre spécialisé avait été établi en conformité avec la loi et que le demandeur n'avait donc pas réussi à démontrer que le Collège n'était pas autorisé à passer le contrat attaqué. Comme on le voit, la Cour n'a pas considéré le Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière et son centre spécialisé comme des entités juridiques distinctes.

Ce jugement a été rendu avant que la loi ait été modifiée pour reconnaître expressément l'existence des centres de transfert de technologie. De plus, le jugement ne permet pas de savoir si le centre du Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière était incorporé par lettres patentes ou autrement, comme c'est le cas du CERFO. Néanmoins, on peut se demander si, dans une situation semblable et en l'absence de stipulations expresses à l'effet contraire, le Collège ne pourrait pas être tenu contractuellement ou délictuellement responsable en lieu et place du CERFO lorsque ce dernier exerce des activités que la loi confie au Collège. La prudence semblerait exiger que les relations entre le Collège et le CERFO soit précisées par écrit.

2. Vers un nouveau cadre juridique : le cadre actuel et ses insuffisances

2.1 Le cadre actuel

2.1.1 L'encadrement législatif des contrats administratifs

Le droit qui s'applique aux contrats de l'Administration québécoise tire son origine du droit anglais et britannique, introduit au Québec au moment de la Conquête. Ce droit, en vertu de la *rule of law*, assujettit la Couronne au droit commun du lieu, en l'occurrence le Code civil¹⁴⁰. Ce

138. *Systèmes informatisés Solartronix c. Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière*, précité, note 69.

139. *Id.*, 1082.

140. Pour une étude détaillée de la question, voir : A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, pp. 46-60. Voir aussi : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 610.

seront donc d'abord et avant tout les articles 1377 à 1456 C.c.Q.¹⁴¹ qui s'appliqueront aux contrats administratifs sous réserve des lois et règlements édictés à ce sujet. Il devra donc y avoir échange de consentement entre personnes capables de contracter, lequel consentement doit porter sur un objet et être fait pour une cause qui ne sont ni prohibés par la loi ni contraires à l'ordre public¹⁴².

2.1.1.1 La capacité

La capacité des cocontractants de l'Administration québécoise est entièrement régie par le Code civil, qu'il s'agisse de personnes physiques¹⁴³ ou de personnes morales¹⁴⁴. Quant à l'Administration, sa capacité à contracter variera selon qu'il s'agit de l'Administration centralisée, le gouvernement et ses ministères (« la Couronne »), ou de l'Administration décentralisée territorialement ou fonctionnellement.

Il ne fait plus aucun doute que la Couronne « jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun¹⁴⁵ ». Même s'il existe de nombreuses dispositions législatives habilitantes, un ministre n'a donc pas à être expressément habilité par une loi ou un arrêté en conseil pour pouvoir contracter au nom du gouvernement¹⁴⁶. Cette capacité générale de contracter n'empêche toutefois pas la Couronne de devoir se soumettre, le cas échéant, aux dispositions législatives existantes¹⁴⁷. De plus, dans le cas des contrats impliquant des dépenses d'argent, la capacité inhérente à contracter est limitée par la *Loi sur l'administration financière* qui dispose qu'aucun contrat « ne peut être fait et n'est valide à moins que le contrôleur des finances ne certifie qu'il existe, sur un crédit, un solde disponible suffisant pour exécuter les engagements découlant [du] contrat¹⁴⁸ ».

141. Ces articles remplacent les articles 984 à 1040 e) C.c.B.C.

142. C.c.Q., art. 1385, 1413. Voir aussi : *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics*, (1993) 125 G.O. II, 6191, art. 4 (1) (ci-après cité : « Règlement cadre »).

143. C.c.Q., art. 153, al. 2.

144. C.c.Q., art. 301, 303.

145. Voir : *Québec (P.G.) c. Labrecque*, précité, note 9, 1082 (J. Beetz). Voir aussi : *J.E. Verreault et fils Ltée c. Québec (P.G.)*, [1977] 1 R.C.S. 41.

146. Voir : P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, t. 1, Farnham, CCH/FM, 1987, p. 582. Voir aussi : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 417.

147. P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 146.

148. *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6, art. 47. Voir aussi : *Règlement cadre*, précité, note 142, art. 4 (4) b).

Au contraire, les organismes de l'Administration décentralisée n'ont, en général, que la capacité qui leur est conférée par leur loi constitutive¹⁴⁹. Cette capacité à contracter peut leur être conférée expressément par une ou plusieurs dispositions de la loi et est alors limitée à ce que prévoient ces dispositions. Par ailleurs, cette capacité peut découler de leur qualification par la loi de corporation ou de personne morale. Dans ce cas, ces organismes ont la même capacité que les personnes morales au sens du Code civil, c'est-à-dire « la capacité requise pour exercer tous leurs droits¹⁵⁰ ». Cette capacité est alors limitée à ce qui est nécessaire pour accomplir les objets pour lesquels l'organisme a été créé et ce dernier est donc sujet à l'application de la doctrine de l'*ultra vires*.

2.1.1.2 Le choix du cocontractant

La liberté de choix du cocontractant, qui est totale dans les contrats privés, reçoit, au contraire, de nombreuses limitations dans les contrats administratifs. En effet, la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*¹⁵¹, maintenant abrogée, et la *Loi sur l'administration financière*¹⁵² prévoient toutes deux un pouvoir de réglementation des contrats par le gouvernement. En conséquence, celui-ci a adopté toute une série de règlements sur les divers contrats des ministères et organismes publics, lesquels règlements ont fait l'objet d'une réforme récente¹⁵³.

149. Voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 635 ; P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 428 ; P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 146, p. 582.

150. C.c.Q., art. 303.

151. *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.Q., c. M-23.01, abrogée par la *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1994, c. 18, art. 42 (ci-après citée : « *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics* »). En vertu de l'article 53 de la *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics*, les règlements sur les contrats adoptés en vertu de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services* sont maintenant réputés adoptés en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148.

152. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148, art. 49-49.6.

153. Voir : Règlement cadre, précité, note 142 ; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des ministères et des organismes publics*, (1993) 125 G.O. II, 6198, modifié par (1993) 125 G.O. II, 8983, modifié de nouveau par (1994) 126 G.O. II, 4591 (ci-après cité : « *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* ») ; *Règlement sur les contrats de construction des ministères et organismes publics*, (1993) 125 G.O. II, 6208, modifié par (1994) 126 G.O. II, 1179, modifié de nouveau par (1994) 126 G.O. II, 4593 ; *Règlement sur les contrats de services des ministères et des organismes publics*, (1993) 125 G.O. II, 6222, modifié par (1993) 125 G.O. II, 8985, modifié de nouveau par (1994) 126 G.O. II, 2092, modifié de nouveau par (1994) 126 G.O. II, 4595 (ci-après cité : « *Règlement sur les contrats de services* ») ; *Règlement sur les contrats de services de déneigement des ministères et des organismes publics*, (1993) 125 G.O. II, 6261 ; *Règlement sur les contrats*

Le Règlement cadre impose à l'Administration de procéder au choix de son cocontractant par l'un ou l'autre mode d'appel d'offres, sauf dans certaines circonstances précisées au règlement¹⁵⁴. Il requiert généralement que le contrat soit adjugé au fournisseur présentant la soumission la plus basse¹⁵⁵, sauf dans certains cas où la soumission présentant le meilleur rapport qualité/prix sera retenue¹⁵⁶. Les règlements particuliers à chaque type de contrats viennent ensuite préciser les exceptions supplémentaires à la procédure d'appel d'offres ainsi que le mode d'appel d'offres le plus approprié au contrat qu'ils régissent et la procédure à suivre dans chaque cas¹⁵⁷. Cette réglementation s'applique aux ministères et à tous les organismes publics qui n'en sont pas exemptés par le gouvernement¹⁵⁸.

De la même manière, le *Code municipal du Québec* et la *Loi sur les cités et villes* imposent de procéder par demande de soumissions publiques ou sur invitation écrite pour l'octroi des contrats d'assurance, des contrats pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériel ou de matériaux ou pour la fourniture de services autres que des services professionnels lorsque la dépense envisagée excède des plafonds prévus par la loi en fonction du nombre d'habitants de la ville ou de la municipalité visée¹⁵⁹. Ces deux lois imposent de retenir la soumission la plus basse à moins d'une autorisation préalable du ministre des Affaires municipales¹⁶⁰.

2.1.1.3 Le consentement

Les contrats privés sont formés par le seul échange des consentements et n'ont généralement pas à respecter de forme particulière; ce consentement peut même être tacite¹⁶¹. En principe, il en est de même pour les

de services relatifs aux voyages des ministères et des organismes publics, (1993) 125 G.O. II, 6270. Voir aussi : *Politique sur les contrats de services du Gouvernement du Québec*, D. 525.88, (1988) 120 G.O. II, 2653; Règlement sur les contrats de concession, précité, note 23.

154. Règlement cadre, précité, note 142, art. 8-9. Voir aussi : Règlement sur les contrats de concession, précité, note 23, art. 6.

155. Règlement cadre, précité, note 142, art. 10.

156. *Id.*, art. 11.

157. Voir par exemple : Règlement sur les contrats d'approvisionnement, précité, note 153, art. 7, 10-25; Règlement sur les contrats de services, précité, note 153, art. 4, 7-56.

158. Voir : Règlement cadre, précité, note 142, art. 1. Pour des exemples d'organismes exemptés, voir : D. 1164-93, (1993) 125 G.O. II, 6189; D. 1165-93, (1993) 125 G.O. II, 6190.

159. Voir : *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 935 (1), 936; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 573 (1), 573.1.

160. Voir : *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 935 (7); *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 573 (7).

161. C.c.Q., art. 1385-1386.

contrats de l'Administration¹⁶². Cependant, la réglementation des contrats impose diverses conditions de forme à cet échange des consentements.

Ainsi, tous les contrats couverts par le Règlement cadre doivent « être constaté[s] par écrit, à moins que cela ne soit contraire aux usages¹⁶³ ». De plus, ces contrats doivent être signés par « une personne habilitée à engager le ministère ou l'organisme ou le Directeur des achats, le cas échéant¹⁶⁴ ». Ce sont généralement les lois constitutives des ministères qui déterminent qui sont les personnes habilitées à engager le ministère bien que certaines lois récentes permettent de déléguer ce pouvoir à un fonctionnaire désigné par règlement publié dans la *Gazette officielle du Québec*¹⁶⁵. Enfin, dans de nombreux cas, « l'adjudication d'un contrat doit être préalablement autorisée par le Conseil du trésor¹⁶⁶ ». Le défaut d'obtenir l'autorisation préalable entraînera la nullité du contrat¹⁶⁷.

Par ailleurs, la situation des organes de l'Administration décentralisée qui ne sont pas assujettis à cette réglementation varie en fonction de leur loi constitutive. Ainsi, les contrats des municipalités qui entraînent des dépenses doivent avoir été autorisés par une résolution ou un règlement du conseil¹⁶⁸, mais ils ne sont soumis à aucune autre exigence quant à la forme écrite ou à la signature¹⁶⁹ ni à aucune autre autorisation, si ce n'est l'autorisation requise lorsque le contrat n'est pas accordé au plus bas soumissionnaire (voir la section 2.1.1.2). De même, certains des contrats que peuvent faire les collèges d'enseignement général et professionnel doivent être autorisés par le gouvernement ou par le ministre de l'Éducation¹⁷⁰, mais ils ne sont assujettis à aucune autre exigence quant à la forme écrite ou à la signature.

162. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 435. Voir aussi : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, pp. 703-704.

163. Règlement cadre, précité, note 142, art. 4 (5).

164. *Id.*, art. 4 (7).

165. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, pp. 427-428.

166. Règlement cadre, précité, note 142, art. 15-16. Voir aussi : Règlement sur les contrats de concession, précité, note 23, art. 5 (1).

167. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 453 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, pp. 728-731.

168. Voir : *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 961 ; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 477-477.1.

169. Voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, pp. 732-737. Dans le cas des municipalités toutefois, un contrat signé est requis. Voir : *Auclair c. Bronsburg (village de)*, [1948] R.C.S. 478.

170. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précité, note 68, art. 6.

2.1.1.4 L'objet et la cause

La cause d'un contrat est « la raison qui détermine chacune des parties à le conclure¹⁷¹ ». Cette condition de validité du contrat a pour fonction d'assurer que le but poursuivi par les parties n'est pas « prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public¹⁷² ». Le but poursuivi par l'Administration ne pouvant légalement être que d'accomplir la mission d'intérêt général que lui confie la loi qui lui accorde le pouvoir de contracter, il n'a pas été nécessaire d'encadrer statutairement la cause des contrats de l'Administration.

L'objet du contrat administratif, par contre, est soumis à une législation et à une réglementation abondantes. Ainsi, les contrats de l'Administration québécoise ne peuvent porter que sur des objets qui relèvent de la compétence législative du Québec, prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷³. De même, la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷⁴ impose certaines limites à la liberté contractuelle de l'Administration¹⁷⁵. Par ailleurs, la jurisprudence a reconnu certaines limites inhérentes au pouvoir de contracter de l'Administration, celle-ci ne pouvant, par contrat, restreindre ni limiter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire¹⁷⁶.

D'autre part, l'objet des contrats de l'Administration est, bien entendu, limité par les lois qui accordent le pouvoir de contracter¹⁷⁷. De plus, même le pouvoir inhérent de contracter de la Couronne se voit imposer des limitations ou des obligations par la réglementation applicable. Les règlements pourront ainsi exiger que le contrat ait une durée déterminée ou limitée¹⁷⁸, qu'il comporte l'exigence d'une garantie de soumission ou d'exécution¹⁷⁹ ou encore qu'il soit conforme à un contrat type élaboré par l'Administration¹⁸⁰.

171. C.c.Q., art. 1410.

172. C.c.Q., art. 1411.

173. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. Voir : P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 146, p. 583.

174. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

175. Voir : P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 146, p. 583.

176. *Ibid.* P. GARANT, *op. cit.*, note 14, pp. 430-435 ; R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 7, pp. 699-701. Voir toutefois : A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, pp. 133-135.

177. Voir : P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 146, p. 584.

178. Voir : Règlement cadre, précité, note 142, art. 4 (2).

179. Voir par exemple : Règlement sur les contrats de services, précité, note 153, art. 57, 59 ; Règlement sur les contrats de concession, précité, note 23, art. 10 (a).

180. À ce sujet, voir : R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 7, pp. 679-688.

2.1.2 L'applicabilité au contrat de gestion privée d'un service public

Étant donné la nature du contrat de gestion privée d'un service public et le caractère particulier d'une partie du cadre législatif décrit ci-dessus, il est vraisemblable que cet encadrement ne s'applique pas dans sa totalité à un tel contrat. Cela aura naturellement des conséquences sur l'encadrement juridique de ce type de contrats.

2.1.2.1 L'applicabilité des lois et règlements

Le contrat de gestion privée d'un service public, comme on l'a dit (voir la section 1.1.2.3), confie la gestion complète du service public à l'entreprise privée. Cette dernière pourra avoir à acquérir ou à construire des biens ou à se procurer des biens ou des services pour accomplir la mission d'intérêt général que lui confie le contrat, mais cela ne fera pas pour autant du contrat un contrat d'approvisionnement ou de services (voir la section 1.1.2.4). En concluant un tel contrat, le ministère ou l'organisme public contractant cherche avant tout à faire gérer le service public et non pas à se procurer lui-même les biens ou services requis pour l'accomplissement du service public. Il est donc douteux que le contrat de gestion privée d'un service public relève du ministre responsable de l'application de la Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics¹⁸¹.

La *Loi sur l'administration financière*, par contre, permet au gouvernement de réglementer les contrats de toute nature des ministères et des autres organismes publics¹⁸². Toute une série de règlements ont donc été édictés par le gouvernement et, comme nous l'avons vu (section 2.1.1.2), cette réglementation a été réformée récemment. Or, aucun de ces règlements ne s'applique vraiment aux contrats de gestion privée d'un service public.

Ainsi, le *Règlement sur les contrats de concession du gouvernement* ne s'applique pas au contrat de gestion privée d'un service public, car il porte sur des contrats qui concernent « l'exercice par une personne physique ou morale d'une activité de nature commerciale¹⁸³ ». Or, comme on l'a vu (section 1.1.2.2), les activités de nature commerciale sont généralement exclues de notre définition du service public. Les exemples que nous avons donnés dans le secteur du loisir, de la chasse et de la pêche et dans celui de l'éducation (sections 1.2.2.1 et 1.2.2.3) ne portent d'ailleurs manifestement pas sur des activités de nature purement commerciale et ne sont donc pas couverts par ce règlement.

181. Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics, précitée, note 151, art. 2.

182. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148, art. 49.

183. Règlement sur les contrats de concession, précité, note 23, art. 3 (3).

De même, le Règlement cadre « s'applique aux contrats d'approvisionnement, de construction et de services¹⁸⁴ ». Or, le contrat de gestion privée d'un service public n'est manifestement pas un contrat d'approvisionnement ou de construction et il n'est pas non plus un simple contrat de services.

En effet, le Règlement cadre définit le contrat de services comme « un contrat pour la fourniture ou l'accomplissement d'un service¹⁸⁵ », mais il ne précise pas ce qu'il faut entendre par « fourniture d'un service ». Le Règlement sur les contrats de services¹⁸⁶, qui fait référence à la définition de contrat de service du Règlement cadre, ne précise pas, lui non plus, ce qu'il faut comprendre par « fourniture d'un service¹⁸⁷ ». Cependant, il prévoit que les fournisseurs désireux de contracter avec l'Administration pourront se faire inscrire à un fichier des fournisseurs en fonction de leurs spécialités¹⁸⁸. L'étude des conditions d'inscription propres à chacune des spécialités permet facilement de se rendre compte qu'aucune n'est assez large pour englober la gestion complète d'un service public¹⁸⁹. Le contrat de gestion privée d'un service public n'est donc pas assujéti à cette réglementation.

Quant aux autres règlements adoptés en vertu de la *Loi sur l'administration financière*¹⁹⁰, aucun ne peut prétendre régir le contrat de gestion privée d'un service public.

2.1.2.2 Les conséquences

En pratique, le contrat de gestion privée ne semble donc être régi que par le *Code civil*, la *Loi sur l'administration financière*¹⁹¹ et, le cas échéant, par la loi qui autorise l'Administration à le passer. Cela n'a évidemment aucune conséquence sur la capacité de l'Administration à contracter qui est, de toute façon, régie par ces lois. Ainsi, tout contrat de gestion privée d'un service public qui comporterait « l'obligation pour Sa Majesté de payer une somme d'argent¹⁹² » demeure soumis à l'exigence d'un certificat du contrôleur des finances constatant l'existence d'un solde disponible suffisant¹⁹³.

184. Règlement cadre, précité, note 142, art. 1.

185. *Id.*, art. 2.

186. Règlement sur les contrats de services, précité, note 153.

187. *Id.*, art. 2.

188. *Id.*, art. 91.

189. *Id.*, art. 120-179.

190. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148.

191. *Ibid.*

192. *Id.*, art. 47.

193. *Ibid.*

La situation est fort différente en ce qui concerne le choix du cocontractant de l'Administration. En effet, en l'absence d'une stipulation expresse dans la loi habilitante et puisque le contrat de gestion privée d'un service public n'est pas couvert par la réglementation des contrats, il semble que l'Administration puisse, dans la plupart des cas, passer de tels contrats de gré à gré en évitant la procédure d'appel d'offres¹⁹⁴. Cela nous semble être le cas même dans le domaine municipal où les types de contrats pour lesquels la loi exige des appels d'offres¹⁹⁵ ne nous semblent pas pouvoir couvrir le contrat de gestion privée d'un service public¹⁹⁶.

Quant aux exigences portant sur les conditions de forme du consentement ou encore sur l'objet du contrat, le contrat de gestion privée d'un service public y échappera aussi, à moins qu'elle ne soit exigée par la loi autorisant l'Administration à contracter. En effet, on l'a vu (sections 2.1.1.3 et 2.1.1.4), ces exigences proviennent essentiellement du Règlement cadre¹⁹⁷ auquel le contrat de gestion privée d'un service public n'est pas assujéti (voir la section 2.1.2.1).

Rien dans la nature même du contrat de gestion privée d'un service public ne justifie qu'il échappe totalement à la réglementation des contrats gouvernementaux, et il faut probablement expliquer cette absence d'encadrement par la nouveauté du concept et par l'usage encore peu fréquent qui est fait du contrat de gestion privée d'un service public. Cependant, il devrait être relativement facile de corriger cette lacune : soit en modifiant le Règlement sur les contrats de services¹⁹⁸ pour le rendre applicable au contrat de gestion privée d'un service public, soit en adoptant un nouveau règlement portant précisément sur les contrats de gestion privée d'un

194. Voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 650.

195. Voir : *Code municipal du Québec*, précité, note 53, art. 935-936 ; *Loi sur les cités et villes*, précitée, note 54, art. 573-573.1.

196. Voir toutefois : A. LANGLOIS, *op. cit.*, note 50, pp. 25-26. Langlois pense que le caractère mixte des contrats pour la gestion des services municipaux exige qu'ils soient soumis à une demande de soumission. Cependant, on comprend mal comment le caractère mixte des contrats de gestion, qui empêche qu'on les considère comme des contrats pour services professionnels, exemptés de la demande de soumission, ne les empêche pas aussi d'être considérés comme de simples contrats de service ou comme des contrats pour l'exécution de travaux, soumis à la demande de soumission. Or, comme Langlois le reconnaît lui-même (p. 8), seuls les contrats entrant dans l'une ou l'autre des catégories prévues dans les lois municipales doivent faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres. Le contrat pour la gestion des services municipaux nous semble être un contrat *sui generis* qui n'a donc pas besoin d'être soumis à la demande de soumission.

197. Règlement cadre, précité, note 142.

198. Règlement sur les contrats de services, précité, note 153.

service public, ce qui serait plus conforme à la nature particulière et complexe de ce contrat.

2.2 Les problèmes liés à l'insuffisance du modèle actuel

2.2.1 Le contrôle démocratique sur le service public

L'objectif du service public est la poursuite de l'intérêt général, du bien commun. Notre régime parlementaire du type britannique est fondé sur la présomption que le Parlement (au Québec, l'Assemblée nationale), émanation de la volonté collective exprimée lors des élections, est le meilleur garant de ce bien commun. L'Administration ne peut donc déléguer la gestion du service public que dans la mesure où cela est compatible avec les pouvoirs et les devoirs qui lui sont conférés par l'action législative du Parlement.

Par ailleurs, le contrat de gestion privée d'un service public confie la gestion de cette mission d'intérêt général à des personnes privées, lesquelles espèrent généralement y trouver leur compte. Selon les principes du droit commun des contrats, applicables en l'absence de stipulations législatives ou contractuelles à l'effet contraire, ces entrepreneurs privés n'ont de comptes à rendre à personne dans la mesure où leur gestion n'est ni fautive ni équivalente à une inexécution du contrat. Étant donné les insuffisances du cadre législatif les entourant, les contrats de gestion privée d'un service public auront donc intérêt à contenir des stipulations expresse prévoyant les moyens de contrôle sur le service public.

2.2.1.1 La délégation de devoirs légaux

C'est donc en définitive l'Assemblée nationale qui est responsable devant l'électorat de l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui caractérise le service public. Devant l'élargissement considérable des tâches administratives et leur complexité croissante, le législateur a été amené à confier des pouvoirs de plus en plus étendus à l'Administration pour lui permettre de remplir le rôle qui lui était confié. Ces pouvoirs peuvent même être de nature législative ou quasi judiciaire. La légalité d'une telle délégation de pouvoirs en faveur de l'Administration ne fait pas de doute¹⁹⁹.

Cependant, lorsque l'Administration confie la gestion du service public à un entrepreneur privé, elle procède alors à une sous-délégation de ses pouvoirs et la légalité de cette sous-délégation pourra varier selon les cir-

199. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 330.

constances. Lorsqu'elle est expressément autorisée par une loi ou un règlement, la légalité de cette sous-délégation ne pose aucun problème²⁰⁰. C'est le cas, par exemple, de la délégation par le ministre de l'Environnement et de la Faune de la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée²⁰¹ ou encore de la délégation par un collège d'enseignement général et professionnel de la gestion d'un centre de transfert de technologie²⁰² (voir le point « Les zones d'exploitation contrôlée » dans la section 1.2.1.1 et le point « Les nouveaux centres collégiaux de transfert de technologie » dans la section 1.2.1.3).

Par ailleurs, la situation est plus délicate lorsque la sous-délégation n'est pas prévue explicitement par une loi. En effet, à moins de stipulations expresses à l'effet contraire, la délégation d'un pouvoir lié (c'est-à-dire d'un devoir) est légale²⁰³, mais ce n'est pas toujours le cas de la délégation d'un pouvoir discrétionnaire²⁰⁴. Ainsi, la loi peut prévoir expressément que les pouvoirs discrétionnaires qu'elle accorde au ministre doivent être exercés personnellement par lui, auquel cas la délégation sera illégale²⁰⁵. De même, pour l'Administration décentralisée, « une délégation implicite d'un pouvoir discrétionnaire ne sera légale que lorsque l'organe à qui le pouvoir discrétionnaire est confié fait exercer ce pouvoir par ses agents en établissant des normes et en gardant un pouvoir de surveillance et de contrôle sur ces agents²⁰⁶ ».

Or, il est difficile d'imaginer comment la gestion d'un service public pourrait ne pas comporter une certaine mesure de pouvoir discrétionnaire. Pour être légale, la sous-délégation implicite d'un tel pouvoir discrétionnaire par le contrat de gestion privée d'un service public devrait donc s'accompagner de stipulations très précises concernant le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'Administration. Par ailleurs, même si c'était le cas, il n'est pas certain que les tribunaux reconnaîtraient la légalité d'une délégation implicite de pouvoirs discrétionnaires à des entrepreneurs privés s'ils jugeaient devoir leur refuser le statut d'agents de l'Administration²⁰⁷.

200. *Ibid.* Voir aussi : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 330 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. 3, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989, pp. 230-231.

201. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, précitée, note 40, art. 106.

202. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, précitée, note 68, art. 17.2, al. 2.

203. Voir : P. GARANT, *op. cit.*, note 14, p. 330.

204. *Id.*, p. 331.

205. *Ibid.*

206. *Ibid.*

207. Sur toute cette question, voir : W.J. ATKINSON et M.-C. LÉVESQUE, « Délégation de pouvoirs et délégation de signature : l'exercice par des fonctionnaires des pouvoirs confiés à leur ministre », (1982) 42 *R. du B.* 327.

En somme, lorsque l'Administration confie la gestion d'un service public à l'entreprise privée, il est préférable que cette possibilité soit prévue expressément dans la loi, comme c'est le cas pour la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée ou celle d'un centre de transfert de technologie. Bien que certaines considérations politiques puissent parfois sembler rendre l'adoption des modifications requises difficile ou inopportune, l'Administration pourrait n'y passer outre que pour voir ensuite la validité de toute une opération de « désengagement de l'État » contestée avec succès.

2.2.1.2 Les mécanismes de contrôle du contrat

L'inspection et la surveillance du contrat

Comme on l'a vu (section 1.1.2.2), la notion de service public n'implique pas d'elle-même un pouvoir d'inspection et de surveillance pour l'Administration. S'il doit exister un tel pouvoir de surveillance, exorbitant du droit commun, il ne peut provenir que de la loi et des règlements ou de stipulations expresses au contrat.

La réglementation des contrats prévoit parfois explicitement un certain pouvoir d'inspection et de surveillance pour l'Administration. Ainsi, le Règlement cadre prévoit qu'aucun paiement « ne peut être effectué avant qu'une personne habilitée n'atteste que les biens ou les services ont été livrés conformément au contrat²⁰⁸ ». De même, plusieurs règlements prévoient une évaluation du contrat par le ministère ou l'organisme public contractant²⁰⁹.

Cependant, comme nous l'avons vu (section 2.1.2.1), le contrat de gestion privée d'un service public n'est pas assujéti à cette réglementation. De plus, même s'il l'était, il s'agirait là bien plus de contrôles *a posteriori* que d'un véritable pouvoir d'inspection et de surveillance. À défaut d'être prévues, par des dispositions législatives ou réglementaires, l'inspection et la surveillance du contrat de gestion privée d'un service public devront donc être prévues dans le contrat lui-même. C'est ce qui a été fait dans le Protocole d'entente²¹⁰ et dans la Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport²¹¹. La présence de cinq représentants du Collège au conseil d'administration du CERFO, prévue dans les lettres patentes²¹², remplit le même rôle.

208. Règlement cadre, précité, note 142, art. 21.

209. Voir par exemple : Règlement sur les contrats de services, précité, note 153, art. 83 ; Règlement sur les contrats d'approvisionnement, précité, note 153, art. 37.

210. Protocole d'entente, précité, note 80, art. 6, 7, 9, 19.

211. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, art. 6, 11 (a), (b).

212. Lettres patentes, précitées, note 126, art. 6 (2), (3).

Le contrôle des finances publiques

Le contrôle démocratique sur l'activité de l'Administration s'exerce d'abord et avant tout par l'entremise du contrôle des finances publiques. Ce contrôle peut être le fait de l'Assemblée nationale tout autant que celui de l'Administration elle-même.

En ce qui concerne l'Administration, on a vu (section 2.1.1.1) que la validité de tout contrat est soumise à l'existence « [d']un solde disponible suffisant pour exécuter les engagements découlant de ce contrat et venant à échéance dans l'année financière où il est fait²¹³ ». Par ailleurs, lorsqu'un contrat s'étend sur plus d'une année financière, comme ce sera souvent le cas du contrat de gestion privée d'un service public, tout paiement en vertu de ce contrat est « subordonné à l'existence d'un crédit non engagé pour l'année financière où il est dû²¹⁴ ». L'Administration dispose donc d'un certain contrôle financier sur le contrat de gestion privée d'un service public.

Cependant, lorsque la gestion du service public est le fait de l'Administration elle-même, les moyens de contrôle sont encore plus nombreux. En effet, la loi prévoit que le Conseil du Trésor peut adopter des règlements ayant trait au système de comptabilité qui doit être suivi ainsi qu'aux « comptes, honoraires ou frais de fourniture de services ou d'utilisation d'installations, aux conditions des locations, des baux et des aliénations de biens ainsi qu'à la perception et à l'administration des deniers publics²¹⁵ ».

Ces règlements ne sont toutefois applicables qu'aux ministères du gouvernement et « à tout organisme que [le Conseil du Trésor] désigne et dont les membres sont nommés par le gouvernement²¹⁶ ». La gestion d'un service public par un entrepreneur privé échappe donc à cette réglementation. Pour pouvoir exercer un contrôle financier sur cette gestion, l'Administration devra alors le prévoir au contrat.

C'est ainsi que le Protocole d'entente contient une disposition obligeant l'Organisme chargé de la gestion de la zone d'exploitation contrôlée à fournir au Ministre un rapport financier, lequel doit être fait selon l'annexe F du Protocole d'entente et faire l'objet d'une vérification conforme aux normes généralement acceptées²¹⁷. De même, la Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport contient des dispositions détaillées sur la

213. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148, art. 47.

214. *Id.*, art. 48.

215. *Id.*, art. 25.

216. *Ibid.*

217. Voir : Protocole d'entente, précité, note 80, art. 19.

facturation qui permettent à la Ville une gestion serrée de ses engagements financiers²¹⁸.

Par ailleurs, au niveau parlementaire, c'est la *Loi sur le vérificateur général*²¹⁹ qui permet le contrôle financier de l'activité de l'Administration. Cette loi accorde au vérificateur général de larges pouvoirs de vérification des livres et comptes de l'Administration, laquelle peut comporter « la vérification financière, la vérification de la conformité de [son] opération aux lois, règlements, politiques et directives et celle d'optimisation des ressources²²⁰ ».

La loi ne s'applique cependant qu'aux organismes publics et aux organismes et entreprises du gouvernement tels qu'ils sont définis dans la loi²²¹. Les critères plutôt stricts de ces définitions excluront la plupart des entrepreneurs privés susceptibles de contracter avec l'Administration pour la gestion d'un service public. Le contrat de gestion privée d'un service public échappera donc généralement à tout contrôle financier direct de la part de l'Assemblée nationale.

Dans un contexte où le recours au contrat de gestion privée semble devoir se répandre, il faudra sans doute penser à modifier la *Loi sur l'administration financière*²²² et la *Loi sur le vérificateur général*²²³ afin d'en élargir la portée et d'éviter ainsi de voir de larges pans de l'activité de l'Administration échapper à tout contrôle financier de la part de l'État ou de l'Assemblée nationale.

2.2.2 La protection des usagers du service public

Lorsque la gestion du service public est le fait de l'Administration, l'utilisateur du service entre en relation directe avec cette dernière. Le contrat de gestion privée d'un service public, au contraire, met l'utilisateur du service public en relation avec un entrepreneur privé, personne physique ou morale. Ces relations relèvent alors du droit privé, ce qui peut avoir pour effet de priver l'utilisateur de certaines protections que lui offrirait autrement le droit public.

218. Voir : Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, annexe A : document complémentaire.

219. *Loi sur le vérificateur général*, L.R.Q., c. V-5.01.

220. *Id.*, art. 25.

221. *Id.*, art. 2-6.

222. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148.

223. *Loi sur le vérificateur général*, précitée, note 219.

2.2.2.1 L'applicabilité de certaines lois de portée restreinte

Les lois ayant pour fonction de protéger les usagers du service public et, plus généralement, les citoyens de toute atteinte illégitime à leurs droits de la part de l'Administration ou du gouvernement se sont multipliées au cours des dernières années. La plupart de ces lois visent expressément l'Administration et leur applicabilité aux cocontractants privés de cette dernière est pour le moins incertaine. À titre d'exemples, nous étudierons trois de ces lois : la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁴, la *Loi sur le Protecteur du citoyen*²²⁵ et la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*²²⁶.

La Charte canadienne des droits et libertés

Depuis son inclusion dans la Constitution en 1982, la *Charte canadienne des droits et libertés* est évidemment le moyen privilégié pour protéger les droits et libertés de tout individu se trouvant en sol canadien. L'article 32 de la Charte précise qu'elle s'applique aux actes du Parlement et des législatures provinciales ainsi qu'à ceux des gouvernements fédéral et provinciaux. Depuis, la Cour suprême a eu maintes fois l'occasion de confirmer que la Charte ne s'applique pas aux activités privées et de préciser ce qu'il fallait entendre par gouvernement²²⁷.

La Charte s'applique manifestement au gouvernement au sens restreint du terme, ministères et conseil des ministres, ce que nous avons appelé l'Administration centralisée. Pour ce qui est de l'Administration décentralisée, la Cour suprême retient essentiellement deux critères pour décider si la Charte s'applique. D'une part, la Charte s'applique aux organismes qui sont soumis à un degré substantiel de contrôle de la part du gouvernement²²⁸. D'autre part, la Charte s'applique aux actes de tout organisme de l'Administration lorsque l'organisme agit en raison d'un pouvoir qui lui a été conféré par une loi pour réaliser l'objet de cette loi²²⁹. Il semble que ce

224. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 174.

225. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, L.R.Q., c. P-32.

226. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après citée : « Loi sur l'accès à l'information »).

227. Voir par exemple : *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441 ; *S.D.G.M.R., section 580 c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 ; *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

228. Voir : *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Lavigne c. OPSEU*, [1991] 2 R.C.S. 211. Comparer : *McKinney c. University of Guelph*, précité, note 227 ; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483. Voir aussi : P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 841.

229. Voir : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 ; *McKinney c. University of Guelph*, précité, note 227. Voir aussi : P. HOGG, *op. cit.*, note 228.

soit le caractère coercitif de cette « autorité statutaire » qui justifie l'application de la Charte²³⁰.

Une des caractéristiques du contrat de gestion privée d'un service public est précisément que le cocontractant de l'Administration est une personne privée qui n'est généralement soumise qu'à un contrôle minimal de la part du gouvernement (voir la section 1.1.2.3). Le maintien par l'Administration d'un contrôle suffisant sur son cocontractant pour satisfaire au critère établi par la Cour suprême irait vraisemblablement à l'encontre du but même poursuivi par le recours au contrat de gestion privée d'un service public. Par ailleurs, la Cour suprême a clairement indiqué que le simple fait pour un organisme de fournir un service public ne suffit pas à l'assujettir à la Charte²³¹.

Si le cocontractant de l'Administration doit être assujetti à la Charte, ce ne pourra donc être que parce que la loi lui confie un certain pouvoir coercitif pour aider à la réalisation de l'objet même de cette loi. Chaque contrat de gestion privée d'un service sera donc un cas d'espèce. Selon le degré de contrôle gardé sur eux par l'Administration, mais surtout selon la nature des pouvoirs qui leur seront confiés, certains des cocontractants de l'Administration verront donc soumettre une partie plus ou moins importante de leur activité à la Charte, alors que d'autres y échapperont complètement.

Ainsi, parmi les exemples étudiés dans la section 1.2.2, l'organisme gestionnaire d'une zone d'exploitation contrôlée sera vraisemblablement soumis au contrôle de la Charte lorsque, par règlement, il usera du pouvoir de coercition qui lui est confié par la loi pour contrôler l'accès à la zone. Par contre, le CERFO, en raison de la nature de ses activités et de sa relative indépendance, échappera vraisemblablement au contrôle de la Charte pour toutes ses activités, alors que le Collège y sera probablement assujetti en raison du contrôle important que le ministère de l'Éducation exerce sur lui.

À moins que la Cour suprême n'en vienne éventuellement à une interprétation plus généreuse de l'article 32 de la Charte²³², il semble donc qu'il soit possible de soustraire certains services publics, sinon la plupart, à l'application de la Charte en en confiant simplement la gestion à l'entreprise

230. P. HOGG, *op. cit.*, note 228, p. 837.

231. Voir : *McKinney c. University of Guelph*, précité, note 227, 268 (J. La Forest).

232. Voir : *McKinney c. University of Guelph*, précité, note 227, 357 et suiv. (J. Wilson); *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité, note 228, 532 et suiv. La juge Wilson, dissidente, y propose d'utiliser trois critères dont aucun ne serait déterminant : 1) le critère du « contrôle » ; 2) le critère de la « fonction gouvernementale » ; et 3) le critère de l'« entité gouvernementale ». Il est vraisemblable qu'un bon nombre de gestionnaires privés de services publics seraient soumis à la Charte canadienne si l'on devait appliquer un tel test.

privée. Quoi qu'il en soit, au Québec, le citoyen dont les droits et libertés seront brimés aura toujours la possibilité de recourir à la *Charte des droits et libertés de la personne*²³³ qui s'applique à toutes les lois et à tous les règlements de l'Administration québécoise ainsi qu'à « tous les actes de nature privée [...] que ceux-ci soient le fait des individus ou de l'Administration, y compris le Gouvernement²³⁴ ».

La Loi sur le Protecteur du citoyen

La pression de l'opinion publique, inquiète de l'interventionnisme accru de l'Administration et des possibilités d'abus et d'injustices qu'il entraîne, a amené les différents gouvernements à établir de nouveaux mécanismes pour protéger les particuliers dans leurs relations avec l'État. En effet, comme le rappelait la Cour suprême :

Les contrôles traditionnels de la mise en œuvre et de l'administration des programmes et politiques du gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ne sont pas complètement adaptés à la surveillance qu'exige une bureaucratie croissante, ni parfaitement capables de l'assurer²³⁵.

Ce sont des motifs similaires qui ont présidé à l'adoption de la *Loi sur le Protecteur du citoyen*²³⁶. Le législateur québécois a ainsi voulu doter les citoyens d'un recours à un « officier public indépendant qui possède le pouvoir de recevoir des plaintes, d'enquêter et de faire rapport relativement aux abus de l'administration publique qui touchent les citoyens²³⁷ ».

Le pouvoir d'intervention et de recommandation du Protecteur du citoyen ne concerne toutefois que les organismes publics²³⁸. Par ailleurs, la loi définit cette notion de façon plutôt restrictive de sorte que, en pratique, seuls les ministères et les organismes dont le personnel est rémunéré selon la *Loi sur la fonction publique* (L.R.Q., c. F-3.1.1), ainsi que les personnes qui leur sont assimilées, seront considérés comme des organismes publics aux fins de la loi²³⁹. Il semble donc que ce que nous avons appelé l'« Administration décentralisée » ne soit pas assujéti au contrôle du Protecteur du citoyen.

233. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

234. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 809.

235. *B. C. Development Corp. c. Friedmann (Ombusman)*, [1984] 2 R.C.S. 447, 459 (j. Dickson).

236. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, précitée, note 225.

237. *B. C. Development Corp. c. Friedmann (Ombusman)*, précité, note 235, 450 (j. Dickson).

238. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, précitée, note 225, art. 13.

239. *Id.*, art. 14-15.

Quant au cocontractant de l'Administration dans le contrat de gestion privée d'un service public, il sera soumis au contrôle du Protecteur du citoyen dans la mesure où l'organe de l'Administration avec lequel il contracte y est lui-même soumis. En effet, « [l']organisme ou la personne qui exerce par délégation les fonctions d'un organisme public [...] est, dans l'exercice de ces fonctions, assimilé à ces derniers aux fins de la présente loi²⁴⁰ ». Ainsi, parmi les exemples étudiés précédemment (section 1.2.2), l'organisme de gestion d'une zone d'exploitation contrôlée, qui exerce certaines des fonctions du ministère de l'Environnement et de la Faune, pourrait voir ses actes et omissions soumis au contrôle du Protecteur du citoyen, alors que le CERFO et la Société D.D.A. Énergie S.L. y échapperaient puisque les municipalités et les collèges d'enseignement général et professionnel y échappent eux-mêmes.

Le champ d'intervention du Protecteur du citoyen semble inutilement restreint et gagnerait à être élargi, ne serait-ce que pour inclure les organismes du gouvernement et les entreprises du gouvernement au sens de la *Loi sur le vérificateur général*²⁴¹. Par contre, la disposition qui assimile à un organisme public celui qui exerce par délégation les fonctions d'un tel organisme²⁴² offre une façon simple d'assujettir au contrôle du Protecteur du citoyen le gestionnaire privé d'un service public dont le cocontractant est un organisme public. Ce modèle pourrait facilement être imité dans certaines lois, la *Loi sur l'administration financière*²⁴³ ou la *Loi sur le vérificateur général*²⁴⁴, par exemple, auxquelles le cocontractant de l'Administration dans un contrat de gestion privée d'un service public échappe actuellement (voir le point « Le contrôle des finances publiques » dans la section 2.2.1.2).

La Loi sur l'accès à l'information

L'accroissement considérable des activités de l'Administration dans tous les secteurs a, bien sûr, conduit à une prolifération de l'information de toute nature détenue par celle-ci. Cette information porte tout autant sur la conception et l'évaluation de programmes gouvernementaux que sur les citoyens eux-mêmes. Or,

[d]ans un cas comme dans l'autre, on reconnaît de plus en plus la nécessité de permettre aux citoyens l'accès à ces informations ; d'une part, les rapports élaborés par l'Administration peuvent être utiles à des personnes ou à des groupes qui n'en font pas partie ; d'autre part, il paraît juste que le citoyen puisse contrôler les

240. *Id.*, art. 16.

241. *Loi sur le vérificateur général*, précitée, note 219.

242. Voir : *Loi sur le Protecteur du citoyen*, précitée, note 225, art. 16.

243. *Loi sur l'administration financière*, précitée, note 148.

244. *Loi sur le vérificateur général*, précitée, note 219.

renseignements que possède l'Administration à son sujet, étant donné les préjudices graves pouvant résulter de leur inexactitude²⁴⁵.

Ce sont ces préoccupations qui ont conduit à l'adoption de la Loi sur l'accès à l'information²⁴⁶. Selon la loi, « [s]ont des organismes publics : le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, les organismes gouvernementaux, les organismes municipaux, les organismes scolaires et les établissements de santé ou de services sociaux²⁴⁷ ». La loi précise aussi ce qu'il faut compter parmi ces divers organismes²⁴⁸.

Comme on le voit, la loi semble devoir s'appliquer à tout ce que nous avons appelé l'Administration, centralisée ou décentralisée. La loi s'applique même à certains organismes que l'on serait tenté de qualifier d'organismes privés comme « les institutions [d'enseignement privé] déclarées d'intérêt public ou reconnues pour fins de subvention en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (L.R.Q. c. E-9)²⁴⁹ » ou encore « les établissements privés au sens de [la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q., c. S-5)] qui fonctionnent en ayant recours à des sommes provenant du fonds consolidé du revenu²⁵⁰ ».

Il ne semble pas, cependant, que l'entrepreneur privé qui contractera avec l'Administration dans le cadre du contrat de gestion privée d'un service public puisse être assujéti à la loi. Ainsi, la définition d'organisme municipal n'inclut peut-être même pas certaines sociétés paramunicipales sur lesquelles le conseil municipal exerce pourtant un contrôle important²⁵¹. Il en sera à plus forte raison ainsi lorsqu'il s'agira d'un organisme privé totalement indépendant du conseil municipal et que la loi ne déclarera pas être agent ou mandataire de la municipalité²⁵². De même, les centres collégiaux de transfert de technologie, lorsqu'ils sont constitués en corporation indépendante, ne sont pas des organismes scolaires selon la loi et n'y sont donc pas assujettis²⁵³.

245. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 7, p. 44.

246. Loi sur l'accès à l'information, précitée, note 226.

247. *Id.*, art. 3.

248. *Id.*, art. 4-7.

249. *Id.*, art. 6.

250. *Id.*, art. 7.

251. Voir : L. SOUMIS, « La Corporation de développement économique de Laval refuse d'ouvrir ses livres : la corporation prétend ne pas être un organisme public », *Le Devoir*, 21 décembre 1993 p. A-3.

252. Loi sur l'accès à l'information, précitée, note 226, art. 5.

253. *Id.*, art. 6.

Or, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²⁵⁴ ne protège que la confidentialité des renseignements personnels recueillis ou détenus par une personne dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q., alors que la *Loi sur l'accès à l'information*²⁵⁵ traite aussi de l'accès aux documents des organismes publics. L'harmonisation entre ces deux lois n'est donc parfaite qu'en ce qui concerne la confidentialité des renseignements personnels. Le cocontractant de l'Administration dans un contrat de gestion privée d'un service public échappe à l'une comme à l'autre loi, même en ce qui a trait à l'accès à des documents qui seraient publics si l'Administration gérait elle-même le service.

Il serait pourtant relativement facile de combler cette lacune en assimilant le gestionnaire privé d'un service public à un organisme public au moyen d'une disposition similaire à celle qui est prévue dans la *Loi sur le Protecteur du citoyen*²⁵⁶ (voir le point « *La Loi sur le Protecteur du citoyen* » dans la section 2.2.2.1). Les revendications légitimes de ces gestionnaires privés quant à la confidentialité de certains de leurs documents internes pourraient être satisfaites par une définition plus explicite de ce qu'il faut entendre par « documents détenus par un organisme public dans l'exercice de ses fonctions²⁵⁷ » ou encore par l'ajout de restrictions appropriées au droit d'accès²⁵⁸.

2.2.2.2 La responsabilité envers les tiers

Depuis l'abolition de la pétition de droit par l'adoption du *Code de procédure civile* de 1966, l'Administration québécoise peut être poursuivie en responsabilité au même titre et de la même manière que toute autre personne physique ou morale²⁵⁹. L'utilisateur d'un service public qui subit un préjudice attribuable à l'Administration ou à l'un de ses agents peut donc, en règle générale, être indemnisé par l'Administration pour ce préjudice²⁶⁰.

Toutefois, lorsque la gestion du service public a été confiée à l'entreprise privée, la situation de l'utilisateur est nettement plus complexe et souvent moins favorable. Le cadre de la présente étude ne nous permet pas d'étudier la question en détail ; nous nous contenterons d'indiquer ici quelques-uns des problèmes susceptibles de se présenter.

254. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17.

255. *Loi sur l'accès à l'information*, précitée, note 226.

256. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, précitée, note 225, art. 16.

257. *Loi sur l'accès à l'information*, précitée, note 226, art. 1.

258. *Id.*, art. 18 et suiv.

259. Voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 200, pp. 721-725.

260. C.p.c., art. 94. Cependant, tout recours qui peut être exercé contre un organisme de l'État doit l'être contre cet organisme plutôt que contre le gouvernement (art. 94.1).

L'acte fautif du cocontractant

L'usager d'un service public ayant subi un préjudice à la suite d'un acte fautif du gestionnaire privé de ce service pensera parfois à poursuivre l'Administration elle-même en plus de ce gestionnaire. Ce pourra être le cas lorsque, par exemple, ce cocontractant privé de l'Administration est insolvable ou dispose de faibles ressources financières tel un organisme sans but lucratif (par exemple, l'organisme chargé de gérer une zone d'exploitation contrôlée). Cependant, il n'est pas certain que l'Administration puisse toujours être tenue responsable de la faute de son cocontractant.

Comme on l'a dit, l'Administration est soumise au droit privé de la responsabilité tel qu'il est établi par les articles 1457-2181 C.c.Q.²⁶¹. Pour invoquer la responsabilité de l'Administration en raison de la faute de son cocontractant, il faudra donc pouvoir établir ladite faute du cocontractant, le préjudice qui en résulte, le lien de causalité entre les deux et le fait que ce cocontractant privé est un préposé de l'Administration²⁶² ou son mandataire²⁶³. La difficulté principale pour l'usager sera précisément d'établir la qualité de préposé ou de mandataire du cocontractant privé de l'Administration.

Le critère essentiel pour établir la relation de préposition est l'existence d'un lien de subordination juridique entre le commettant et son préposé, c'est-à-dire « le droit, pour le commettant, de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé²⁶⁴ ». Or, c'est précisément ce droit de donner des ordres et des instructions sur la manière de fournir le service public que l'Administration confie à son cocontractant dans le contrat de gestion privé d'un service public. Il semble donc que la nature même du contrat de gestion privée d'un service public s'oppose à ce que le cocontractant privé de l'Administration puisse être vu comme un préposé de cette dernière.

261. Ces articles remplacent et complètent les articles 1053 à 1056 C.c.B.C.

262. C.c.Q., art. 1463.

263. C.c.Q., art. 2164. Le Code civil du Québec introduit ici une distinction entre le préposé et le mandataire que le *Code civil du Bas Canada* ne reconnaissait pas. Ainsi, l'article 2164 C.c.Q. établit que « [l]e mandant répond du préjudice [...] à moins qu'il ne prouve, lorsque le mandataire n'était pas son préposé, qu'il n'aurait pas pu empêcher le dommage », alors que l'article 1731 C.c.B.C. renvoie simplement à la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé, établie à l'article 1054, al. 7 C.c.B.C. À ce sujet, voir : G. GOLDSTEIN, « La responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire en droit civil québécois », (1985) 16 *R.D.U.S.* 123.

264. D. CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 *R. du B.* 815, 824.

D'autre part, les responsabilités confiées au cocontractant privé de l'Administration portent autant sur l'accomplissement d'actes matériels que sur celui d'actes juridiques²⁶⁵, elles dépassent le cadre d'une affaire particulière et elles impliquent des pouvoirs autres que celui de passer des actes de simple administration²⁶⁶. Ces responsabilités semblent donc trop nombreuses, variées et générales pour qu'on puisse y voir un simple mandat au sens des articles 2130-2185 C.c.Q., et cela, même quand le contrat de gestion privée d'un service public prévoit que les règles du mandat s'appliquent à titre supplétif²⁶⁷.

Cependant, même si l'on devait reconnaître que toutes les règles du mandat s'appliquent au contrat de gestion privée d'un service public, l'Administration pourra souvent se dégager de toute responsabilité pour le préjudice causé par la faute de son cocontractant. Il en sera ainsi lorsque le préjudice n'aura pas été causé par le mandataire dans l'exécution de son mandat²⁶⁸. Il en sera de même lorsque l'Administration pourra prouver qu'elle n'aurait pas pu empêcher le dommage²⁶⁹. Étant donné la large autonomie dont jouira le gestionnaire privé d'un service public dans la majorité des cas, cette preuve devrait être relativement facile à faire. Par ailleurs, même si elle ne réussit pas à faire cette preuve, l'Administration pourra parfois être exonérée de sa responsabilité pour la faute de son cocontractant par l'effet de clauses stipulant que c'est le gestionnaire privé qui assume toute la responsabilité. C'est ce que prévoit le Protocole d'entente lorsqu'il énonce :

Aucune clause contenue dans ce protocole d'entente ne doit être interprétée comme permettant de mettre en cause la responsabilité du Ministre à l'égard d'un tiers pour les fautes ou omissions imputables à l'Organisme, ses membres, ses employés ou les usagers ou pour tout dommage corporel ou matériel subi par l'un d'entre eux²⁷⁰.

De même, la Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport précise :

La Société sera seule responsable de toutes réclamations, dommages-intérêts ou pénalités résultant de l'exécution ou du défaut d'exécution des obligations qu'elle assume en vertu des présentes²⁷¹.

Le *Code civil du Québec* ne permet toutefois pas à une personne d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour un préjudice corporel ni pour

265. Voir : C.c.Q., art. 2130.

266. Voir : C.c.Q., art. 2135.

267. Voir par exemple : Protocole d'entente, précité, note 80, art. 32.

268. Voir : C.c.Q., art. 2164.

269. *Ibid.*

270. Protocole d'entente, précité, note 80, art. 14.

271. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105, art. 7.

un préjudice matériel causé par une faute intentionnelle ou lourde²⁷². Ces clauses d'exonération, bien qu'elles continuent d'avoir effet entre le mandant et son mandataire, ne seront donc pas opposables au tiers ayant subi un préjudice corporel ou un préjudice matériel causé par une faute intentionnelle ou lourde.

En somme, dans bien des cas, l'usager du service public ne pourra obtenir de l'Administration la réparation du préjudice causé par le cocontractant de celle-ci que lorsque l'Administration aurait pu empêcher ce préjudice, qu'il a été causé par le cocontractant dans l'exécution du service public plutôt qu'à l'occasion de cette exécution et qu'il s'agit d'un préjudice corporel ou encore d'un préjudice matériel causé par une faute lourde ou intentionnelle.

L'omission d'accomplir un devoir légal

Par ailleurs, le préjudice dont se plaint l'usager du service public résulte parfois non pas d'un acte du fournisseur du service mais de l'omission par ce dernier de fournir le service soit en totalité, soit dans la mesure requise par l'usager. La question de la responsabilité de l'Administration dans de tels cas a été l'objet de nombreux développements jurisprudentiels récents²⁷³.

Pour faire jouer la responsabilité de l'Administration, l'usager doit non seulement prouver que celle-ci avait un devoir légal d'agir, et non un simple pouvoir discrétionnaire de le faire²⁷⁴, mais en plus que le manquement à ce devoir légal d'agir constitue une faute au sens de la responsabilité délictuelle²⁷⁵.

Or, il est loin d'être certain que l'usager puisse invoquer un tel manquement à un devoir légal d'agir lorsque la gestion du service public a été confiée à un entrepreneur privé. En effet, il ne semble pas que l'Administration puisse, par un simple contrat, imposer un tel devoir légal à son cocontractant. Puisque l'usager n'est pas partie à ce contrat entre l'Administration et son cocontractant privé, il ne pourrait pas non plus invoquer la responsabilité contractuelle du cocontractant. Enfin, dans la mesure où la

272. Voir : C.c.Q., art. 1474.

273. Voir : P. GARANT, « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux », (1991) 32 C. de D. 745 ; L.A. REYNOLDS et D.A. HICKS, « New Directions for the Civil Liability of Public Authorities in Canada », (1992) 71 R. du B. can. 1.

274. À ce sujet, voir la distinction que fait la Cour suprême du Canada entre les actes discrétionnaires à caractère politique et les actes d'exécution matérielle : *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

275. Voir : *R. (Canada) c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205.

possibilité de confier la gestion du service public à l'entreprise privée est prévue dans la loi, l'Administration pourrait se dégager de toute responsabilité en faisant la preuve qu'elle n'a pas commis de négligence dans le choix de son cocontractant. L'utilisateur n'aurait alors aucun recours contre qui que ce soit et se trouverait donc dans une position plus défavorable que si la gestion du service public relevait toujours directement de l'Administration.

2.2.3 Les relations de travail

Depuis le début des années 60, le Québec s'est donné une fonction publique de plus en plus compétente et professionnelle. Ce professionnalisme croissant a été rendu possible par un encadrement législatif²⁷⁶ qui met la fonction publique à l'abri du favoritisme politique en imposant la sélection et la promotion des fonctionnaires au mérite et en répartissant de manière rationnelle les compétences et les responsabilités en matière d'organisation et de gestion du personnel entre diverses instances prévues à cet effet. Le développement parallèle du syndicalisme n'est pas étranger à ce processus ; de telle sorte que le statut juridique de la fonction publique est maintenant déterminé tout autant par la loi que par le contenu des conventions collectives de travail négociées par les divers syndicats d'employés de l'État.

À cet égard, le recours croissant au contrat de gestion privée d'un service public présente deux défis opposés mais complémentaires. D'une part, s'il s'avérait que le contrat de gestion privée permet d'échapper à tout l'encadrement législatif et conventionnel de la fonction publique, il pourrait être tentant d'y avoir recours pour permettre un favoritisme politique maintenant impossible dans la fonction publique proprement dite. D'autre part, si ce cadre législatif et conventionnel devait s'appliquer intégralement aux activités du gestionnaire privé, il pourrait se révéler si contraignant qu'il priverait l'opération de gestion privée du service public de tout bénéfice pour l'Administration et son cocontractant privé.

Dans notre étude, nous ne ferons qu'évoquer brièvement deux aspects de cette problématique : les incidences de la *Loi sur la fonction publique*²⁷⁷ sur le contrat de gestion privée d'un service public et l'applicabilité de l'article 45 du *Code du travail*²⁷⁸ à ce contrat.

276. Voir surtout : *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1.

277. *Ibid.*

278. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

2.2.3.1 Les incidences de la *Loi sur la fonction publique*

La *Loi sur la fonction publique* dispose que « [l]a présente loi s'applique aux personnes qui sont nommées suivant celle-ci²⁷⁹ ». Ainsi, c'est parce que la loi instituant leur ministère le prévoit explicitement²⁸⁰ que les employés des ministères sont des fonctionnaires assujettis à la *Loi sur la fonction publique*. C'est aussi le cas des employés de la plupart des organismes gouvernementaux mais pas de tous²⁸¹. Par contre, seuls les employés de quelques sociétés d'État²⁸² sont nommés suivant la *Loi sur la fonction publique* alors que la plupart ne le sont pas²⁸³. La loi n'a donc pas pour vocation de s'appliquer à tous les employés de l'État mais uniquement à certains d'entre eux²⁸⁴.

Les employés du gestionnaire privé d'un service public ne seront généralement pas soumis à un contrôle suffisant de la part de l'État pour pouvoir être considérés comme des employés de ce dernier. Cependant, même s'ils l'étaient, ils ne pourraient être assujettis à la *Loi sur la fonction publique* que s'ils étaient nommés suivant celle-ci. En pratique, cela ne sera vraisemblablement jamais le cas, et les employés du cocontractant privé de l'Administration échapperont à l'encadrement législatif de la fonction publique. Comme on l'a vu cependant, le statut juridique des fonctionnaires est aussi déterminé par les conventions collectives du secteur public et celles-ci pourraient peut-être s'appliquer aux employés du gestionnaire privé d'un service public par le jeu de l'article 45 du *Code du travail*.

2.2.3.2 L'applicabilité de l'article 45 du *Code du travail*

Selon son article 111.0.15, le *Code du travail*²⁸⁵ s'applique aux relations de travail dans un service public, ce qui inclut, entre autres, les municipalités et les organismes mandataires du gouvernement dont le personnel n'est pas nommé et rémunéré selon la *Loi sur la fonction publique*²⁸⁶. De même, à l'exception de quelques dispositions sur la négociation d'une première

279. *Loi sur la fonction publique*, précitée, note 276, art. 1.

280. Voir par exemple : *Loi sur le ministère de l'Éducation*, L.R.Q., c. M-15, art. 9 ; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.R.Q., c. M-15.1, art. 6 ; *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., c. M-19, art. 8 ; *Loi sur le ministère de l'Environnement et de la Faune*, précitée, note 91, art. 6.

281. Voir par exemple : *Loi sur le Protecteur du citoyen*, précitée, note 225, art. 11.

282. Voir par exemple : *Loi sur la Société d'habitation du Québec*, L.R.Q., c. S-8, art. 14.

283. Voir par exemple : *Loi sur la Société immobilière du Québec*, L.R.Q., c. S-17.1, art. 14.

284. Voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. 2, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, pp. 238-241.

285. *Code du travail*, précité, note 278.

286. *Id.*, art. 111.0.16.

convention collective, le *Code du travail*, en vertu de son article 111.1, s'applique aussi aux relations de travail du secteur public et parapublic, ce qui comprend notamment les ministères, les organismes du gouvernement dont les employés sont nommés ou rémunérés selon la *Loi sur la fonction publique* et divers autres organismes dont les collèges d'enseignement général et professionnel²⁸⁷.

Or, l'article 45 du *Code du travail* énonce :

L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise [...] n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé [...].

Comme on le voit, par l'effet des articles 111.0.15 et 111.1 mentionnés ci-dessus, cette disposition semble susceptible de s'appliquer à la plupart des contrats de gestion privée d'un service public et, entre autres, aux exemples déjà étudiés (voir la section 2.2). Étant donné la diversité des situations, il faudra se demander dans chaque cas particulier si le fait de confier la gestion du service public visé à un entrepreneur privé constitue une aliénation ou une concession totale ou partielle d'une entreprise.

L'applicabilité de l'article 45 du *Code du travail* a été étudiée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais²⁸⁸. La Cour suprême y énonce d'abord que « la continuité de l'entreprise est la condition essentielle de l'application de l'art. 45²⁸⁹ ». Elle adopte ensuite la conception organique de l'entreprise proposée par le juge Lesage dans l'arrêt *Mode Amazone* :

L'entreprise consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Ces moyens, selon les circonstances, peuvent parfois être limités à des éléments juridiques ou techniques ou matériels ou incorporels²⁹⁰.

Puis, la Cour rappelle que « la similitude des tâches est nécessaire lors de la recherche du maintien de l'entreprise²⁹¹ », mais que cet élément ne suffit pas à lui seul et que « le test du maintien de l'entreprise suppose

287. *Id.*, art. 111.2.

288. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 (ci-après cité : « *C.S.R.O.* »).

289. *Id.*, 1103 (j. Beetz).

290. *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, 231.

291. *C.S.R.O.*, précité, note 288, 1107 (j. Beetz).

l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se trouver de façon suffisamment importante chez le nouvel employeur²⁹² ».

Après avoir ainsi analysé la notion d'entreprise, la Cour étudie les notions d'aliénation et de concession, lesquelles présupposent un lien de droit entre le cédant et l'acquéreur. La Cour en arrive finalement aux conclusions suivantes :

Premièrement, l'entreprise qui est aliénée ou concédée doit être celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée ou avec qui la convention collective est conclue. Deuxièmement, l'aliénation ou la concession doit s'opérer entre l'employeur précédent et le nouvel employeur²⁹³.

Dans le contrat de gestion privée d'un service public, l'existence d'un lien de droit entre l'employeur précédent, l'Administration, et le nouvel employeur, le gestionnaire privé, va de soi et ne pose pas de problèmes. Dans ce cas, l'application de l'article 45 reposera uniquement sur la question du maintien ou non de l'entreprise dans ses éléments essentiels et donc sur la mise en évidence de ceux-ci²⁹⁴.

Ainsi, en ce qui concerne la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée, il nous semble que les éléments essentiels de l'entreprise sont les droits d'autoriser ou de prohiber la chasse et le piégeage dans les différents secteurs du territoire de la zone, de fixer le nombre d'usagers admis à pratiquer ces activités dans ces secteurs et surtout d'établir les droits exigibles des usagers et de les percevoir. Or, ce sont précisément ces droits qui sont cédés à l'organisme gestionnaire par le Protocole d'entente²⁹⁵ en conformité avec l'article 110 (6) de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*. Il semble donc y avoir là une cession tout au moins partielle de l'entreprise, et l'article 45 du *Code du travail* trouverait application. Les employés de l'organisme gestionnaire bénéficieraient alors des conditions de travail prévues dans la convention collective des fonctionnaires qui exécutent des tâches similaires au ministère de l'Environnement et de la Faune.

Le cas de la Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport²⁹⁶ est beaucoup plus complexe pour diverses raisons. D'une part, il comporte une double cession : 1) de la part d'Hydro-Québec qui cède la propriété du

292. *Ibid.*

293. *Id.*, 1117 (j. Beetz). Sur toute cette question et sur la façon dont la décision *C.S.R.O.* a été suivie par les tribunaux, voir : A. BARRÉ, « La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire *C.S.R.O.* », (1991) 32 *C. de D.* 179.

294. Comparer la situation du sous-traitant simple dans A. BARRÉ, *loc. cit.*, note 293, 202.

295. Protocole d'entente, précité, note 80.

296. Convention sur le réseau d'éclairage de Beauport, précitée, note 105.

réseau à la Ville; et 2) de la part de la Ville qui confie la gestion, la transformation et l'entretien du réseau à la Société D.D.A. Énergie S.L. D'autre part, les responsabilités exercées par la Société sont tellement diversifiées et les groupes d'employés visés tellement différents que plusieurs conventions collectives sont susceptibles d'être transmises. Le cadre restreint de notre étude ne permet pas de pousser l'analyse plus loin même s'il semble bien que l'article 45 soit applicable, tout au moins pour certaines catégories d'employés.

Enfin, le cas du CERFO présente de nombreuses analogies avec ce que le professeur Alain Barré appelle la « sous-traitance d'activités virtuelles²⁹⁷ » puisque les activités exercées par le CERFO n'avaient jamais été exécutées par le Collège avant d'être confiées au CERFO. Dans un tel cas, la jurisprudence du Tribunal du travail serait à l'effet d'appliquer l'article 45 lorsque « les activités concédées auraient été comprises dans la portée intentionnelle de l'accréditation si elles avaient été poursuivies par le donneur d'ouvrage au lieu d'être concédées en sous-traitance²⁹⁸ ». Il est donc difficile de savoir si l'article 45 s'appliquerait sans avoir étudié le certificat d'accréditation du syndicat des professeurs même si, à première vue, certaines des activités du CERFO semblent assez proches de l'enseignement pour avoir été visées par un tel certificat. Quoi qu'il en soit, les employés du CERFO ne sont pas syndiqués et ne bénéficient pas des conditions de travail des professeurs du Collège²⁹⁹.

En somme, il semble bien que le contrat de gestion privée d'un service public, qui confie la responsabilité presque entière du service public au cocontractant privé, équivaudra souvent à une concession partielle ou totale d'une entreprise, ce qui imposera au cocontractant privé l'accréditation et la convention collective qui liait l'Administration à ses employés. Dans cette éventualité, la plus grande flexibilité du contrat de gestion privée d'un service public, dont on espérait qu'elle permette une efficacité accrue et une réduction des coûts, risque de se révéler illusoire. Il n'est alors pas certain que la gestion du service public soit d'un grand intérêt pour l'entreprise privée, sauf, peut-être, pour les organismes sans but lucratif.

Conclusion

Malgré sa relative nouveauté en droit québécois, le recours au contrat de gestion privée d'un service public est appelé à se répandre, comme le

297. A. BARRÉ, *loc. cit.*, note 293, 197-202.

298. *Id.*, 198.

299. Entrevue avec D. Dubreuil, *supra*, note 128.

démontre bien la multiplication des exemples récents. Ce mode de gestion du service public présente en effet de nombreux attraits pour l'État et l'Administration. Ainsi, il permet à l'État de se libérer de son rôle de fournisseur du service public pour se concentrer plutôt sur sa fonction propre : la formulation de politiques, de normes et de directives. De plus, l'Administration, n'étant plus directement partie à la gestion du service public, peut plus facilement et de manière plus crédible agir à titre d'arbitre entre les différents intérêts que le service public met en jeu. Enfin, la gestion privée du service public permet à l'État d'économiser ses ressources et de bénéficier de l'expertise technique de l'entreprise privée tout en offrant l'espoir d'une efficacité accrue pour un coût moindre.

Cependant, étant donné la relative nouveauté du phénomène, chaque cas de gestion privée d'un service public est encore vu comme un cas d'espèce et le contrat qui régit cette gestion comme un contrat innommé non prévu par la loi, sauf parfois ce qui concerne le pouvoir de le passer. Comme on l'a vu, le contrat de gestion privée d'un service public possède toutefois des caractéristiques propres qui le distinguent des autres contrats de l'Administration tels que le contrat de service, le contrat d'approvisionnement, le contrat de concession ou encore le contrat de construction. Ces caractéristiques communes sont encore mal connues et le contrat de gestion privée n'est donc pas reconnu comme tel, c'est-à-dire comme un contrat distinct qui échappe, pour l'essentiel, à l'encadrement législatif et réglementaire des contrats de l'Administration.

Le danger est bien entendu de voir se multiplier les initiatives individuelles plus ou moins bien coordonnées et encadrées avec tous les risques de confusion et de dédoublement des efforts que cela comporte. De plus, l'absence d'encadrement législatif et réglementaire présente de nombreux inconvénients qui ne sont pas nécessairement compensés par les bénéfices escomptés. On n'a qu'à penser à la question du choix du cocontractant, laissé à l'entière discrétion de l'Administration en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires imposant le recours à l'appel d'offres. On peut encore songer à la question du contrôle démocratique sur le service public en matière d'inspection et de surveillance du contrat ou de contrôle des dépenses publiques. Enfin, on peut s'arrêter au problème de l'applicabilité de certaines lois de protection telles que la *Loi sur le Protecteur du citoyen* ou la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* ou encore à celui de la responsabilité civile du cocontractant de l'Administration.

Comme on l'a vu, il existe des solutions relativement simples à la plupart de ces problèmes. Ainsi, il semble essentiel d'assujettir le contrat de gestion privée d'un service public à la réglementation des contrats de

l'Administration en modifiant de façon appropriée le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* et en adoptant, si nécessaire, un règlement particulier au contrat de gestion privée sur le modèle des règlements qui existent déjà pour les contrats d'approvisionnement et de services. Il y aurait probablement lieu, par ailleurs, de modifier des lois comme la *Loi sur l'administration financière*, la *Loi sur le vérificateur général* ou la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* pour y soumettre le cocontractant de l'Administration lorsqu'il exerce par délégation les fonctions d'un organisme public, comme le fait la *Loi sur le Protecteur du citoyen*. Par ailleurs, le temps est peut-être venu d'étendre le champ d'application de la *Loi sur le Protecteur du citoyen* pour englober les organismes de l'Administration décentralisée qui en sont actuellement exclus.

La question de la responsabilité du cocontractant envers les tiers est plus complexe, mais l'on peut penser exiger au moins que le gestionnaire privé souscrive et maintienne en vigueur une police d'assurance responsabilité pour la durée du contrat. Cette exigence et le montant minimal de la couverture pourraient facilement être prévus dans un éventuel règlement sur les contrats de gestion privée d'un service public.

Quant aux incidences du contrat de gestion privée d'un service public sur les relations de travail, le principal problème semble être celui de la transmission des conventions collectives du secteur public au cocontractant privé de l'Administration par le jeu de l'article 45 du *Code du travail* qui semble devoir s'appliquer dans bien des cas. Ces conventions risquent d'ôter à la gestion privée une grande partie de la flexibilité et de la souplesse qui la rendent intéressante pour l'Administration et son cocontractant. En l'absence d'une modification législative de cet article, hautement improbable et probablement indésirable, la négociation préalable avec les syndicats accrédités de l'État semble la seule façon d'assurer le passage en douceur de la gestion publique à la gestion privée.